

TRAITÉ

DU

DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

OUVRAGE DU MÊME AUTEUR.

Traité des Faillites et Banqueroutes, ou Commentaire de la loi du 28 mai 1838. 1844, 2 vol. in-8, prix : 15 fr.

DE L'IMPRIMERIE DE CH. LAHURE (ANCIENNE MAISON CRAPELET),
rue de Vaugirard, 9, près de l'Odéon

TRAITÉ
DU DOL
ET
DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

J. BÉDARRIDE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX, ANCIEN BATONNIER

Auteur du *Traité des Faillites et Banqueroutes*, ou Commentaire
de la loi du 28 mai 1838

TOME DEUXIÈME



PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, N° 5

AIX
AUBIN, IMPRIMEUR-LIBRAIRE

1852

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

DEUXIÈME PARTIE.

—

DE LA FRAUDE.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

—

SOMMAIRE.

640. Nature de la fraude.
641. Ses caractères.
642. Diverses espèces de fraude.

640. — La fraude, plus subtile encore que le dol, n'en est que plus redoutable. Laissant moins de traces de

son passage, parce qu'elle exige moins de calcul dans sa perpétration, elle n'en est que plus difficile à saisir, sans cependant que l'intérêt s'attachant à sa répression soit moindre aux yeux du législateur, aux yeux de la morale.

C'est donc servir celle-ci que de s'occuper des moyens pouvant amener cette répression. Sans doute il est impossible de suivre la fraude dans tous ses développements, de la signaler avec certitude dans tous les contrats qu'elle vicie. Mais en désigner les principaux caractères, dire quelles en sont les allures ordinaires, c'est faciliter les recherches confiées aux tribunaux, préparer la solution que les litiges doivent recevoir, et concourir ainsi à rendre plus facile et plus sûre la mission que le juge a à remplir.

641. — Heureusement qu'en matière de fraude la conscience du magistrat a, dans les résultats du fait, un auxiliaire puissant. L'existence certaine d'un préjudice crée, indépendamment de toute fraude, le droit d'obtenir une réparation. La constatation de ce préjudice est donc un grand pas dans l'appréciation de l'intention imputée à son auteur.

Rappelons, en effet, que l'existence d'un préjudice est le caractère essentiel de la fraude. Que ce préjudice ait été préparé au moment du contrat, qu'il en ait été la cause déterminante ou bien qu'il ne soit que la conséquence d'une pensée que l'exécution du traité aura fait surgir, peu importe. La fraude peut exister sans avoir été préméditée ; elle se réalise par cela seul qu'il y a préjudice : *Fraus non in consilio, sed in eventu.*

Admettre le contraire, c'était confondre le dol et la fraude, c'était s'exposer à rendre la répression de celle-ci impossible en présence même du préjudice le plus considérable. Rarement, en effet, trouvera-t-on la fraude dans l'origine des contrats; c'est dans l'exécution qu'elle se manifestera le plus habituellement; et le plus ordinairement aussi, c'est par le résultat lésif qu'elle donnera à cette exécution qu'elle décèlera son existence. Conséquemment, la saisir dans ce résultat, pour lui en enlever le bénéfice, devient le contrepoids indispensable de la facilité qu'elle a à se produire.

642. — Nos anciens jurisconsultes avaient d'abord admis onze espèces de fraude. Bientôt une classification plus exacte les réduisit à trois, savoir : la fraude consommée par une partie au détriment et à l'insu de l'autre partie, c'était la fraude *de re ad rem;* celle concertée par les parties pour tromper les tiers étrangers à l'acte, on l'appelait *de persona ad personam*; enfin, la fraude *de contractu in contractum,* consistant à dissimuler, sous la forme de l'acte, le contrat réel que les parties avaient voulu faire. [1]

Cette distinction embrasse aujourd'hui toute la matière. Sous l'empire de notre législation, en effet, la fraude est restée l'art perfide de braver les lois avec l'apparence de la soumission, de violer les traités en paraissant les exécuter, et de tromper, par l'extérieur des actes et des faits, sinon ceux qu'on dépouille, du

[1] Danty, de la *Preuve test.*, p. 172, n° 30.

moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance.[1]

Il y a donc trois espèces de fraude, ayant chacune ses règles particulières, ses principes spéciaux, ses effets distincts. Cette distinction trace la division que nous avons à suivre. Mais avant d'examiner ce qui se rapporte à chaque espèce, nous devons exposer ce qui concerne la fraude en général et le mode adopté pour sa constatation.

[1] Chardon, de la *Fraude*, t. II, p. 1.

CHAPITRE Ier.

DE LA PREUVE DE LA FRAUDE.

—

SOMMAIRE.

643. Caractère que doit avoir la preuve.
644. Comment et par quels moyens on peut la fournir.

643. — L'existence certaine de la fraude dont on se plaint est la première et la plus indispensable condition de la réparation réclamée. C'est donc à celui qui poursuit cette réparation qu'incombe la charge de prouver l'existence de la fraude.

Cette preuve, pour être utile, doit tendre à établir d'abord un préjudice certain et incontestable; en second lieu, que le fait dont il résulte est un fait illégal ou illégitime; enfin, que ce fait émane de celui à qui on l'impute.

Qu'importe, en effet, qu'on ait révélé l'existence d'un

fait même nuisible, si l'auteur de ce fait peut se retrancher dans le droit qu'il avait de l'exécuter. Ce que la loi considère comme une fraude punissable, n'a jamais été ni pu être l'exercice d'un droit, quelque dommageable qu'il puisse être pour des tiers. C'est uniquement le préjudice résultant d'une pensée méchante que rien ne saurait justifier ou faire admettre, n'ayant d'autre but que de s'enrichir au détriment d'autrui.

Celui-là donc qui, sur le reproche d'un fait dommageable, pourra répondre *jure feci*, ne saurait encourir aucune responsabilité, ni être tenu à aucune réparation. Mais l'exercice d'un droit ne serait pas une excuse suffisante pour l'abus en signalant l'exécution. Conséquemment, le magistrat a toujours, dans l'appréciation du droit, à rechercher si son exercice s'est ou non renfermé dans de justes limites.

644. — Par quels moyens la preuve de la fraude peut-elle être fournie? En général, il en est de la fraude comme du dol, elle ne se présume pas. Cependant cette règle reçoit des exceptions, il est des cas où la fraude est tellement imminente, tellement prochaine, que la loi l'a admise de plein droit. Il en est d'autres où la fraude résulte invinciblement du fait lui-même. Dans toutes ces hypothèses, pas de difficultés possibles, la fraude est légalement prouvée.

Mais hors ces exceptions, la preuve doit être fournie par écrit dans certains cas, par témoins dans d'autres, ainsi que nous allons le voir, après avoir établi ce qui concerne la présomption de fraude.

SECTION Ire — DE LA FRAUDE PRÉSUMÉE.

SOMMAIRE.

645. Caractère et motif de la présomption.
646. La renonciation à une succession non ouverte est présumée frauduleuse.
647. Quelle est la législation applicable au pacte sur succession future, antérieur au Code, lorsque la succession ne s'est ouverte que depuis sa promulgation?
648. Le pacte est-il susceptible de ratification après l'ouverture de la succession ?
649. La renonciation pour un seul prix à deux successions, l'une ouverte et l'autre non échue, est nulle pour le tout.
650. Examen de deux arrêts invoqués à l'appui de la divisibilité.
551. La libéralité faite à un incapable est présumée frauduleuse.
652. Moyens employés pour se soustraire à cette présomption. Conséquences.
653. Motifs et fondement de la présomption.
654. Son caractère.
655. La société universelle entre personnes incapables de se donner ou de recevoir est présumée frauduleuse.
656. Débats que l'article 1840 du Code civil a soulevés dans la séance du conseil d'État.
657. Caractère de cette disposition. Ses conséquences par rapport aux hypothèses prévues par l'article 911.
658. Effets de la présomption de fraude.

702. Prohibition que l'article 1596 du Code civil fait à certaines personnes de se rendre adjudicataires. Ses motifs.
703. Cette prohibition est-elle applicable au subrogé-tuteur ?
704. L'article 711 du Code de procédure civile complète la catégorie des incapables créés par l'article 1596 du Code civil.
705. Par qui peut être invoquée la nullité de l'adjudication rapportée contrairement à ces deux dispositions.
706. Motifs de la prohibition pour les juges, etc..., de se rendre cessionnaires de procès, droits ou actions litigieux ?
707. Que faut-il entendre par procès, droits ou actions litigieuses ?
708. Qui est recevable à poursuivre la nullité de la cession ?
709. L'interposition des personnes dans les deux cas précédents obéirait-elle à la règle tracée par l'article 911 ?
710. Nature de la prohibition faite aux courtiers ou agents de change par les articles 85 et 86 du Code de commerce.
711. Peine encourue par la violation.
712. La loi ne prononce pas la nullité de l'opération illicite. Par quels motifs.
713. Mais on ne saurait, dans tous les cas, refuser de la prononcer sur la demande de l'autre partie. Distinction proposée.
714. La nullité opposable au courtier peut être opposée à la personne que celui-ci se serait frauduleusement substituée.
715. Le courtier qui, moyennant un *dû-croire*, garantit la solvabilité de l'acheteur, contrevient-il à l'article 86 du Code de commerce ?
716. Par quel terme se prescrit le délit ou la contravention résultant de la violation des articles 85 et 86.
717. L'absence de publication des actes de société soumis à cette formalité constitue une fraude présumée.
718. Ses effets par rapport aux associés.
719. Par rapport aux créanciers sociaux.

645. — Le législateur, déterminé par des idées de morale et d'intérêt général, a dû proscrire certains actes, admettre certaines incapacités. Ces dispositions ne pouvaient être efficaces que par le soin qu'on mettrait à en surveiller la stricte exécution, vouloir s'y soustraire soit directement, soit indirectement, tenter de les éluder par l'apparence donnée au contrat, c'est se révolter contre la loi, et, conséquemment, c'est faire un acte insusceptible de créer aucun lien obligatoire.

Ce qu'on peut admettre, c'est qu'on se gardera bien de se constituer en état de rébellion aux ordres du législateur d'une manière flagrante et certaine. C'est toujours sous des dehors licites qu'on aura soin de dissimuler la violation de la loi. Mais le véritable caractère de l'acte constaté, la loi méconnue reprendra son empire et la convention illégale sera annulée par les tribunaux.

La fraude à la loi est indépendante de tout préjudice à l'endroit des parties, il suffit qu'on ait voulu accomplir

ce que la loi défend, pour que les auteurs mêmes de la fraude soient admis à en poursuivre la répression.

646. — L'article 791 du Code civil nous en offre un exemple, il défend de renoncer, même par contrat de mariage, à la succession d'un homme vivant, et d'aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. Or, sur la poursuite de la nullité d'un pacte contraire à cette disposition, il est bien évident qu'il ne peut s'agir de la question d'un préjudice quelconque. Tout ce qu'il y a à considérer, c'est la nature de l'acte; constitue-t-il le pacte sur succession future, il n'y a pas à hésiter, son annulation doit être prononcée, alors même que le demandeur devrait en recueillir un dommage certain. Rien ne saurait légitimer ce qui blesse ouvertement une prohibition légale.

647. — Les pactes sur succession future n'étaient pas considérés, par notre ancien droit, comme contraires aux mœurs. Ils furent donc autorisés jusqu'au moment où notre législation intermédiaire proclama la règle contraire, depuis consacrée par le Code civil. Cette différence de principes a soulevé une question qui ne manquait pas d'intérêt, à l'origine du Code, à savoir : quel doit être le sort du pacte valablement consenti, lorsque la succession qui en a fait l'objet ne s'est ouverte que depuis la promulgation du Code?

Après quelques hésitations, l'opinion que ce pacte devait être régi par la législation nouvelle a prévalu. Les motifs, sur lesquels cette solution se fonde, sont :



que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, que celles du 28 pluviôse an V, et l'article 791 du Code civil ont virtuellement annulé toute renonciation n'ayant pas encore produit son effet; que, jusqu'à leur ouverture, les successions sont dans le domaine du législateur qui peut, à son gré, en modifier le sort. [1]

648. — La renonciation à une succession future est-elle susceptible de ratification après l'ouverture de la succession? On a dit pour la négative qu'un acte vicié d'une nullité radicale, déclaré contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, n'a que l'apparence d'un contrat; qu'il n'existe pas; que, conséquemment, il n'est sujet ni à ratification, ni à rescision.

Nous avons déjà distingué les nullités d'ordre public permanentes et éternelles, et celles dont les motifs purement temporaires s'effacent avec la cause qui les produisait. La renonciation à une succession future se place naturellement dans cette dernière catégorie; en effet, la succession venant à s'ouvrir, chaque appelé a le droit incontestable d'en récuser le bénéfice, de traiter de ses droits avec qui il lui plaît et de la manière qu'il juge convenable. A quel titre donc lui refuserait-on de ratifier la convention précédemment souscrite et qu'il tient à exécuter, puisqu'il n'en poursuit pas la nullité. Le motif d'ordre public ne saurait être invoqué depuis l'ouverture de la succession, le sort de l'acte est entiè-

[1] Bastia, 14 avril 1834; — Cass., 25 mai 1828.

rement laissé à l'intérêt privé, seul apte à juger de ce qui est dans son utilité et dans ses convenances.[1]

649. — Une difficulté plus sérieuse est celle de savoir si l'acte portant pour un prix unique renonciation à deux successions, l'une ouverte, l'autre à échoir, est nul pour le tout ou seulement pour ce qui concerne celle-ci ?

La divisibilité de l'acte serait peut-être plus équitable, mais son indivisibilité est plus juridique. Il est incontestable que, dans sa détermination, le prix a subi l'influence des droits afférents au renonçant dans les deux successions. Mais dans quelles proportions? C'est ce que la justice est dans l'impossibilité de décider en l'état du silence gardé par les parties. De telle sorte qu'une ventilation quelconque serait de nature à s'écarter de la vérité réelle; d'ailleurs, cette ventilation constituerait un nouveau contrat substitué à l'ancien. Or, si les tribunaux ont le droit d'interpréter les contrats, ils n'ont jamais celui d'en créer un nouveau. Conséquemment, le contrat étant indivisible dans le fait et dans l'intention des parties, la nullité l'atteindrait dans son ensemble.

650. — On cite, comme ayant admis la divisibilité, deux arrêts : l'un de la Cour de cassation, du 17 janvier 1837; l'autre de la Cour de Lyon, du 19 mai 1840.[2] Mais il est facile, en les consultant, de se convaincre

[1] V. *supra*, n° 577.
[2] J. du P., t. I, 1837, p. 156, et t. II, 1841, p. 704.

qu'ils ne comportent pas la signification qu'on veut leur donner. Dans l'un et dans l'autre, en effet, le défendeur appliquait le prix total à la renonciation à la succession ouverte au moment du contrat, sans entendre exciper de celle à la succession lors à échoir. Il ne s'agissait donc plus de diviser le prix entre les deux successions. La question unique était celle de savoir si la restriction du contrat, dans des limites légales, ne laissait pas sans intérêts une nullité que le contrat, ainsi réduit, ne comportait plus.

Cela signifie-t-il que la Cour de cassation, que celle de Lyon, maintenant l'acte dans de pareilles circonstances, l'eût également maintenu s'il se fût agi de diviser le prix, d'en affecter une partie à la succession échue et une partie à la succession à échoir? Evidemment, non. Car, ce n'est qu'en considérant comme non écrit ce qui se rapportait à la succession à échoir qu'on a pu faire maintenir le contrat. Il semble dès-lors que la décision eût été diamétralement contraire, si le maintien de l'acte, quant à ce, eût été réclamé.

Ainsi, l'indivisibilité de l'acte doit prévaloir, et son effet doit être la nullité entière, toutes les fois que le prix unique stipulé devra se répartir entre les deux successions. L'offre d'appliquer l'intégralité de ce prix à la succession lors échue pourra faire maintenir le contrat, le poursuivant n'éprouvant dès-lors aucun dommage, puisqu'il retient tout ce qui, dans sa pensée, était l'équivalent de ses droits dans les deux successions, et, par le fait, il se trouve n'avoir traité que pour une.

651. — Il est des personnes incapables de recevoir une libéralité de la part de certaines autres. La loi n'ayant proclamé ces incapacités que dans une pensée de morale, que dans un but d'intérêt public, il importe que sa disposition reçoive une pleine et entière exécution.

652. — Or, on pourra vouloir se soustraire à cette exécution, et cette pensée amènera ou à une simulation dans le caractère de l'acte, ou à une simulation de parties.

La première existe lorsque la libéralité a été déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux. Elle ne constitue qu'une fraude ordinaire que la loi ne pouvait ni ne devait présumer de plein droit. Les ayant-droit pourront donc la dénoncer et en poursuivre la répression, mais ils auront la charge de la prouver. Cette preuve sera plus facilement accueillie que dans les cas ordinaires, la qualité des parties et l'incapacité de l'une d'elles à l'endroit des libéralités donnant à la simulation une grande vraisemblance. Pour peu donc que d'autres présomptions viennent se réunir à celle-ci, la fraude sera considérée comme certaine.

La seconde existe lorsque la libéralité faite à l'incapable, l'a été par une interposition de personnes. L'existence du fidéicommis peut, dans tous les cas, être alléguée et prouvée. Mais elle est présumée de plein droit lorsque l'appelé est le père ou la mère, l'enfant ou descendant, le conjoint de l'incapable.

653. — Le fondement de cette présomption est la

facilité de la fraude qu'elle tend à prévenir et la nécessité d'une simulation de ce genre, en supposant la pensée d'éluder la loi sur les incapacités. Nous l'avons dit bien souvent, lorsqu'on veut violer la loi, on ne le fait pas ouvertement et sans déguisement aucun. Il serait trop facile d'avoir raison de cette violation, si rien ne la cachait aux yeux investigateurs de l'intérêt privé. Il faut donc demander des chances de réussite à des moyens capables de faire illusion et de créer l'erreur. Or, après la simulation dans le caractère de l'acte, s'offre l'interposition des personnes, conduisant, sous une autre apparence, à des résultats identiques.

C'est cette imminence de la fraude qui l'a fait admettre de plein droit, lorsqu'à l'affection du donateur pour l'incapable se joint la parenté entre celui-ci et le bénéficiaire de la libéralité. Ce n'est pas le père, la mère, l'enfant, le conjoint de l'incapable qu'on a voulu gratifier, c'est l'incapable lui-même. Dès-lors, comme on ne peut faire indirectement ce qu'il est prohibé de faire directement, la libéralité doit être annulée.

654. — Le principe de la présomption en indique le véritable caractère. Elle n'admet pas la preuve contraire aux termes de l'article 1352 du Code civil. Dès-lors le demandeur n'a qu'à établir l'incapacité d'une part, de l'autre, la qualité de parent de l'incapable au degré que nous venons de rappeler, pour que l'acte soit inévitablement condamné comme fidéicommis prohibé.[1]

[1] Toullier, t. x, p. 65, n° 52 ; — Cass., 13 juil. 1813 et 10 nov. 1834.

655. — L'article 1840 du Code civil nous fournit un nouvel exemple de fraude présumée. Nulle société universelle, dit cet article, ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. Toute société universelle, contractée au mépris de cette disposition, devrait donc être annulée. La loi la repute de plein droit frauduleuse, et la considère comme une libéralité déguisée en faveur de l'incapable.

656. — Cet esprit de l'article 1840 nous est nettement indiqué par les débats que sa disposition subit au conseil d'État. Le projet du Code prohibait toute société de biens présents et n'admettait que celles de gains. Les premières étaient repoussées comme des donations déguisées qu'on ferait ainsi au mépris de la loi contre les incapables.

657. — Cependant, les sociétés universelles de biens, réclamées par quelques tribunaux, furent admises non, comme le dit M. Troplong, sans un sentiment de méfiance extrêmement marqué. C'est ce sentiment qui inspira la disposition de l'article 1840.

Il suit de là que la société étant considérée comme une donation déguisée, les règles applicables à celles-ci s'appliquent également à celles-là. Dès-lors l'association faite par personne interposée pourra être querellée de simulation et de fraude, et cette interposition sera légalement présumée dans les hypothèses pré-

vues par l'article 911. Il suit encore que nulle preuve contraire ne saurait prévaloir contre la présomption admise par l'article 1840.

658. — La nullité de la société universelle, par application de cette disposition, remonterait nécessairement à l'origine de la société. Cependant cette société, ayant existé de fait, donnerait lieu, pour le passé, à un règlement entre les prétendus associés. Il est évident que si ce règlement se faisait conformément aux stipulations du pacte social, l'incapable retirerait de la libéralité déguisée tout le profit qu'on a voulu lui conférer. N'est-il pas, en effet, certain qu'une société contractée pour éluder la loi sur les incapacités, offrira pour celui-ci des avantages plus ou moins importants? Il est facile de prévoir que sa mise sera inférieure à celle de son associé et que, cependant, on lui assigne un droit égal à la masse. Peut-être aura-t-on stipulé qu'il participera par moitié dans les bénéfices, et dans une proportion moindre pour les dettes ; peut-être même aura-t-on convenu d'un prélèvement en sa faveur pour les peines et soins qu'il promet de donner à la société. Nous avons raison de le dire, un règlement opéré sur ces bases donnerait à l'incapable l'avantage que la loi lui refuse.

Ces bases sont donc inadmissibles. Le règlement à faire consistera donc à déterminer l'apport de chaque partie; cette opération faite, les bénéfices ou les pertes seront répartis proportionnellement à l'apport, et l'indemnité pour peines et soins, s'il y a lieu, fixée par le

juge *arbitrio boni viri*. Nous ajoutons que les termes du pacte, quant à l'apport de l'incapable, peuvent n'être qu'un mensonge, en ce sens que cet apport peut avoir été fourni directement ou indirectement par celui qui a voulu l'avantager. La loi ne présume rien à cet égard, mais elle laisse aux ayant-droit la faculté d'exciper de cette fraude nouvelle, et, la preuve faite, le droit de faire annuler ce nouvel avantage prohibé.

659. — L'article 1840 a fait naître la question de savoir si la société universelle, contractée par le père avec un de ses enfants, est nulle à l'égard des autres enfants, ou si elle n'est seulement que réductible?

La nullité absolue est soutenue par MM. Delvincourt et Duvergier. L'opinion contraire est enseignée par M. Troplong. Nous sommes de l'avis de celui-ci. Ce qui nous paraît décisif, c'est qu'en résultat, quelques rigoureux que soient les termes de l'article 1840, la nullité de la société n'est que la conséquence de l'incapacité de donner, de recevoir ou de s'avantager. Or, comme l'observe M. Troplong, l'existence d'héritiers à réserve ne crée pas une incapacité, elle pose seulement à la faculté de donner une restriction en de-çà de laquelle le droit de donner et de recevoir est incontestable. Conséquemment le père pouvant directement aliéner et le fils recevoir jusqu'à concurrence de la quotité disponible, rien n'empêche d'arriver à ce résultat au moyen d'une association universelle, c'est-à-dire d'une manière indirecte. Les droits des héritiers à reserve ne seraient méconnus que si leur légitime était atteinte.

C'est ce qu'on empêchera en réduisant les avantages conférés par l'association dans les limites de la quotité disponible.[1]

660. — La dette provenant d'un jeu ou d'un pari est aux yeux de la loi une dette frauduleuse. Cette présomption a déterminé le législateur à refuser toute action tendant à en obtenir paiement.

Nous n'avons pas à déterminer ce qui constitue le jeu ou le pari, il y a peu de difficultés possibles à propos des jeux ou paris ordinaires, d'ailleurs les questions s'élevant à cet égard seraient facilement résolues.

661. — Il n'en est pas de même pour les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics ou marchandises. Ces opérations ont atteint, au moment où nous parlons, des développements immenses, signalés à chaque instant par des catastrophes portant dans les populations l'épouvante et la ruine, et menaçant, si on n'y prend garde, de tarir le commerce jusque dans ses sources.

Le remède à employer immédiatement, c'est l'application intelligente et sévère de l'article 1965. Si la justice parvient enfin à décourager les joueurs, en favorisant et consacrant la résistance du perdant à payer la différence, elle aura rendu à la société le service le plus éclatant et le plus utile.

[1] Delvincourt, t. III, p. 223, notes;—Duvergier, *des Sociétés*, n° 119 —Troplong, sur l'art. 1840, n°s 307 et suiv.

Certes, la mission des tribunaux n'est pas toujours facile. Le jeu ne se présente jamais à eux dans toute sa nudité. C'est à travers les voiles épais derrière lesquels il se cache qu'il faut aller le saisir. D'autre part, il ne faut pas qu'un débiteur de mauvaise foi puisse se soustraire à des obligations légitimes, en alléguant le jeu. Mais l'existence de ce jeu prouvée, rien ne doit mitiger le sort que la loi impose à ses conséquences.

662. — A quels caractères reconnaîtra-t-on cette existence? Cette question, simple lorsqu'il s'agit d'un jeu ou d'un pari ordinaire, est plus délicate en matière d'effets publics ou de marchandises.

Pour les premiers, la loi pénale a indiqué des éléments qu'une poursuite civile peut invoquer avec succès. En effet, l'article 422 du Code pénal répute jeu de bourse toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

Remarquons bien que le législateur n'a pas proscrit les marchés à terme. C'eût été priver le commerce d'un de ses éléments essentiels. Ainsi, il suffira que le vendeur prouve qu'au moment de la livraison il était en position de livrer tout ce qu'il a promis, pour que le marché soit maintenu. Qu'importe, en effet, qu'au moment de la vente la marchandise ne fût pas à la disposition du vendeur, si, devant s'y trouver au terme convenu pour la livraison, celle-ci pourra se réaliser. Nous le répétons, la loi n'a voulu prohiber que les mar-

chés fictifs, destinés d'avance à ne recevoir d'autre exécution que le paiement de la différence entre le prix convenu et celui que la chose vaut au moment désigné comme celui de la livraison. Tel est, aux yeux de la loi, le marché dans lequel l'objet vendu n'était pas en la possession du vendeur au moment de la vente et ne devait pas s'y trouver à l'époque de la livraison.

663. — L'article 422 a donc évité le grave inconvénient qu'on reprochait avec raison à l'ancienne législation, à savoir : de priver le commerce des ressources immenses qu'il puise dans les marchés à terme. L'arrêt du conseil, publié le 24 septembre 1724, rendait en effet ces marchés impossibles par les conditions qu'il imposait à la vente d'effets publics, et notamment en exigeant la livraison effective au moment du traité. Cet arrêt portait l'empreinte des circonstances qui l'avaient inspiré. Le fameux système de Law venait de s'écrouler semant après lui le discrédit, la ruine et la misère. On voulait donc proscrire l'agiotage pour empêcher le retour de ces calamités, mais, ainsi que cela arrive presque toujours, le but était dépassé. La spéculation à la baisse était désormais impossible, mais la liberté des transactions avait, de son côté, subi une grave atteinte.

L'agiotage reprit bientôt ses franches allures, et des plaintes nombreuses se firent de nouveau entendre. Un second arrêt du conseil, du 7 août 1785, proscrivit une seconde fois les marchés à terme et sans livraison. Cependant on pouvait suppléer à cette livraison par le dépôt réel des effets, constaté par acte dûment contrôlé

au moment même de l'engagement. Plus tard, et par une disposition du 2 octobre suivant, ce dépôt put être, à son tour, suppléé par celui fait entre les mains du notaire, des pièces probantes établissant la libre propropriété des effets vendus. Enfin un dernier arrêt, du 22 septembre 1786, annule tous les marchés dans lesquels le délai de la livraison dépasserait deux mois.

Comme on le voit, cette législation ne se préoccupait que d'une seule chose, la propriété matérielle des effets, au moment où le traité prenait naissance. Sans doute, on acquérait ainsi une preuve certaine de la sincérité de la vente, mais n'était-ce pas borner le commerce dans ses opérations, l'entraver dans ses développements, que d'empêcher le vendeur de demander à ces développements mêmes le moyen de faire face au traité par lui souscrit?

Qu'un commerçant vende journellement ce qu'il n'a pas en sa possession actuelle, c'est ce qui est, nous ne dirons pas seulement dans les usages, mais encore dans les nécessités du commerce. Otez cet aliment essentiel de la spéculation, et, sur le champ, vous blessez profondément une industrie dont les entreprises hasardeuses font la richesse de l'État. Donc, qu'un terme plus ou moins long soit stipulé, et que, l'échéance de ce terme se réalisant, la marchandise vendue se trouve à la disposition du vendeur, c'est tout ce qu'on peut raisonnablement exiger. Ce qui est rationnel pour la marchandise l'est au même titre pour les effets publics. Ceux-ci ne constituent en effet qu'une marchandise livrée à la spéculation.

L'article 422 du Code pénal a donc fait une plus exacte appréciation des besoins réels du commerce, il a plus sainement agi en ne pas exigeant qu'on possédât réellement, au moment de la vente, les effets qu'on s'engageait à livrer, et, en admettant, comme équivalent, la preuve que le vendeur serait, à l'échéance du terme, en mesure de remplir toutes ses obligations.

Aujourd'hui donc, il n'y a marché fictif qu'en tant qu'il est justifié que le vendeur a été au moment du traité et sera, lors de la livraison, hors d'état de remplir ses engagements. A cette double condition, la loi ne voit dans l'opération qu'un pari sur la hausse ou sur la baisse devant se résoudre par le paiement d'une différence, et dès-lors incapable de créer ni obligation, ni action.

664. — Ce système, nous venons de le dire, est plus rationnel que celui de l'ancienne législation, mais il n'est pas, à son tour, exempt d'inconvénients. Il en est un surtout qui se recommande à toute l'attention de la justice. Le joueur, poursuivant l'exécution d'un marché fictif, est dans le cas d'exciper de marchés par lui contractés pour prétendre s'être mis en mesure de livrer à l'époque convenue. Or ces marchés, où il figure comme acquéreur, peuvent n'être eux-mêmes que des marchés fictifs, et il ne faudrait pas qu'il pût trouver ainsi, dans le jeu lui-même, la justification de celui sur lequel la justice est appelée à statuer.

Sur ce point, la loi n'a pu que s'en référer à la prudence des magistrats. Il suffit de signaler l'existence de ce danger pour que la sollicitude des tribunaux, mise en

demeure, rende une prétention de ce genre l'objet des investigations les plus minutieuses, du contrôle le plus actif. Il n'est pas toujours difficile de distinguer l'opération fictive, de l'opération sérieuse. Le nombre et l'importance des traités, relativement à la position des parties ou de l'une d'elles seulement, leurs habitudes, leurs antécédents, sont de nature à fournir des renseignements précieux et à déterminer même quelquefois le véritable caractère du marché.

665. — Au reste, il en est des jeux de bourses comme de toutes les questions de fait et d'intention. Les magistrats sont des jurés et prononcent comme tels, il n'y a donc aucun élément pouvant forcer leur conviction. Cette conviction, ils la puisent partout sans qu'ils aient à en rendre compte, si ce n'est à leur propre conscience. Satisfaite que soit celle-ci, ils n'ont plus qu'à appliquer la loi. Les termes de l'article 1965 sont trop clairs et trop précis pour qu'il s'élève la moindre difficulté. En effet, depuis le fameux arrêt Perdonnet contre de Forbin Janson, la jurisprudence n'a pas un instant varié.

Ainsi un marché sur les effets publics ne doit pas être annulé par cela seul qu'il y a terme pour sa livraison. Il ne le serait pas non plus par la certitude acquise qu'au moment de la vente le vendeur n'avait pas en sa possession les effets qu'il promet, mais ce vendeur est, dans cette hypothèse, tenu de prouver qu'ils devaient se trouver entre ses mains à l'époque fixée pour la livraison. En l'absence de cette preuve, comme dans l'hypo-

thèse de la preuve contraire, l'opération n'est plus qu'un marché fictif, tombant sous le coup de l'article 1965, et ne donnant conséquemment aucune action.

666. — Nous appliquons sans hésiter, à l'appréciation des marchés sur marchandises, les éléments que la loi adopte pour les effets publics. Sans doute l'article 422 du Code pénal est muet sur ce point. La cause de ce silence n'est pas difficile à pénétrer. En 1810, le jeu sur les marchandises n'avait pas encore appelé la sollicitude du législateur. Il était loin et bien loin des proportions qu'il a depuis acquis et qu'il était impossible de prévoir. Si les circonstances avaient été alors ce qu'elles sont aujourd'hui, nous n'en doutons pas, le projet présenté par le gouvernement eût été adopté, et le marché sur marchandises eût été dès-lors inscrit au rang des délits, comme le marché sur les effets publics.

Ce qui doit à plus juste titre étonner, c'est qu'en 1832, lors de la révision du Code pénal, on n'ait pas songé à se précautionner contre le fléau que nous signalons. Mais tel qu'il se trouve, notre Code pénal renferme encore assez de lacunes, assez d'imperfections [1] pour qu'on ne trouve pas trop extraordinaire l'omission que nous signalons.

[1] Entre autres nous signalerons celle-ci, l'article 311 punit les coups et blessures volontaires d'un emprisonnement et d'une amende, ou de l'une de ces deux peines seulement. L'article 319 punit les coups et blessures involontaires de la prison et de l'amende. Ainsi, le cumul des deux peines est forcé, lorsque les coups sont involontaires; facultatif, lorsqu'ils sont volontaires. N'est-ce pas le contraire qu'il fallait consacrer?

Quoi qu'il en soit, le marché sur marchandises, même dans les conditions de l'article 422, ne constituera pas un délit punissable. Mais la nullité civilement poursuivie est toujours indépendante de la question de délit, même pour les marchés sur effets publics qu'on peut annuler comme fictifs dans tous les cas. Or, pour l'appréciation de cette nullité, les conditions de l'article 422 sont à consulter, en ce sens : que, s'il est prouvé que le vendeur de la marchandise n'avait pas et ne devait jamais avoir en sa possession celle qu'il a promis de livrer, le marché devrait forcément être considéré comme un véritable pari.

667. — Mais il est d'autres circonstances dans lesquelles le juge peut trouver le véritable caractère du marché. Ainsi on pourra facilement admettre qu'il n'y a qu'un pari sur la différence, lorsque les parties auront fait, du paiement de cette différence, la clause pénale de l'inexécution ; lorsque, l'époque de la livraison arrivée, il n'y a eu aucune sommation de réaliser ou de recevoir cette livraison. On sait combien le commerce exige de ponctualité dans les opérations sérieuses, un retard n'est jamais toléré par l'acheteur, et cela, parce que ce retard l'expose soit à ne recevoir qu'après une baisse, soit à manquer lui-même aux engagements pris envers des tiers.

D'autre part, le vendeur n'est pas moins intéressé à livrer au temps convenu. Il reçoit par là le paiement du prix ou son règlement en valeurs négociables. Il s'exonère ainsi de la responsabilité des détériorations

ou perte de la marchandise, responsabilité qui le grève jusqu'à la livraison, ou tout au moins jusqu'à la mise en demeure de l'acheteur.

Donc, en présence de cet intérêt réciproque, l'absence de toute sommation est caractéristique, on peut y voir la preuve du défaut de sincérité de l'opération. Il en serait surtout ainsi, si le vendeur ou l'acheteur, poursuivant en justice, se bornait à demander le paiement de la différence sans offrir d'effectuer ou d'accepter la livraison.[1]

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède que l'existence de la sommation d'effectuer ou d'accepter la livraison dût faire nécessairement considérer le marché comme sérieux. S'il en était ainsi, cette sommation se rencontrerait dans toutes les circonstances, malgré qu'on fût réellement dans l'impossibilité soit de recevoir, soit de livrer. Les actes apparents peuvent sans doute être consultés, mais ils n'ont pas une influence décisive dans les questions intentionnelles, ce n'est donc pas par leur apparence seule que le magistrat doit se décider. Ce dont il a surtout à tenir compte, c'est de leur sincérité.

668. — Les antécédents, la moralité des parties, leur position commerciale, l'importance des ventes, eu égard à cette position, sont autant de circonstances pouvant éclairer la question de sincérité. Comment ad-

[1] Lyon, 31 décembre 1832; — Bordeaux, 16 juillet 1840; — J. D. P., t. II, 1840, p. 363.

mettrait-on, par exemple, qu'un fabricant ait pu réellement s'engager à livrer, le plus souvent dans quelques mois, plus de marchandises qu'il ne pourrait en fabriquer pendant des années entières.

Tous ces faits sont de nature à fixer la conviction du juge, que la correspondance des parties peut aussi déterminer.

669. — Le jeu n'existe réellement que lorsque l'opération le constituant a été concertée entre les parties. Celui-là donc qui allègue le jeu doit non-seulement prouver qu'il n'a lui-même voulu faire qu'un pari sur la différence, mais encore que cette intention et cette volonté ont été également celles de son adversaire. Dans le cas contraire, sa prétention devrait être repoussée.

L'opération sérieuse, d'un côté, assure à la partie le droit de contraindre à l'exécution d'un marché qu'elle est en mesure d'exécuter en ce qui la concerne. Il importe peu que l'autre partie n'ait jamais eu l'intention de l'exécuter autrement qu'en soldant une différence, on ne saurait punir d'une fraude celui qui n'a donné aucun concours au fait d'où elle résulterait. Nous allons plus loin, agir autrement serait ouvrir la plus large issue à la mauvaise foi, dès que pour se soustraire aux conséquences d'une spéculation offrant une perte, il suffirait de venir devant la justice confesser impudemment sa propre turpitude, et s'accuser d'une fraude à laquelle on n'aurait pas songé si, au lieu d'une perte à subir, l'opération avait présenté un bénéfice.

670. — De quelque manière que se déguise la dette de jeu, la loi a voulu l'atteindre et l'effacer. On pouvait, dans cette matière, et en présence de l'article 1965, prévoir qu'on irait chercher dans la simulation le moyen de tromper et d'éluder la prohibition que cet article contient. Mais les tribunaux ne se sont pas laissés détourner du but, et partout où ils ont rencontré le jeu, ils ont su le reprimer, quelque enveloppe qu'eussent revêtue ses conséquences.

Ainsi il a été jugé :

1° Qu'un billet à ordre, quelle que soit la valeur dont il porte l'énonciation, doit être annulé, s'il a été souscrit par le perdant après une partie de jeu [1] ;

2° Que l'acte de vente qui a pour cause une dette de jeu est nul, encore bien que l'acte remonte à une époque antérieure au Code civil [2] ;

3° Qu'on peut être admis à prouver par témoins qu'une obligation consentie, même par acte authentique, a pour cause réelle une dette de jeu [3] ;

4° Que les billets souscrits pour dette de jeu sont nuls, encore bien qu'ils aient été causés valeur reçue comptant. [4]

Cette jurisprudence a obtenu l'assentiment de la doctrine. Les principes qu'elle consacre sont enseignés par Merlin, Toullier, Troplong, Rolland de Villargues, Chardon.

[1] Grenoble, 8 octobre 1823.
[2] Paris, 27 novembre 1811.
[3] Limoges, 2 juin 1819 ; — Lyon, 21 décembre 1822.
[4] Cass., 29 décembre 1814 ; — Angers, 13 août 1831.

671. — En résumé, le jeu est proscrit par la loi d'une manière absolue, en ce sens qu'elle n'accorde aucune action pour contraindre à l'exécution de ses résultats, quelle que soit d'ailleurs la matière sur laquelle il s'est exercé. Pour la vente d'effets publics, le jeu est légalement présumé dans les cas prévus par l'article 422, et ce jeu constitue alors un délit. Mais l'existence de ce délit est indépendante de l'action civile. Celle-ci, ayant pour objet la nullité du traité, peut toujours être accueillie, alors même que tout délit aurait disparu par la réunion des caractères exigés par la loi. Quant aux marchés sur marchandises, la loi ne le présume jamais, mais, par une parité de raison incontestable, l'absence des conditions de l'article 422 du Code pénal le ferait admettre. Dans tous les cas, c'est à la prudence des juges à se déterminer par les faits et circonstances sur le caractère du contrat. L'existence du jeu admise, la dette, qui en est la conséquence, n'est pas légalement due, elle doit donc être annulée quelle que soit la forme qu'on lui ait donnée.

672. — La règle générale de l'article 1965 ne comporte d'autres exceptions que celles exprimées par l'article 1966. Il est des jeux que la loi n'a pas entendu prohiber, parce qu'ils sont utiles, tels sont ceux qui contribuent non-seulement à exercer et à former l'homme, mais encore à procurer un délassement agréable à ses fatigues et à ses travaux. La loi place dans cette catégorie notamment les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied et à cheval, les courses de



chariots, le jeu de pomme, en un mot, tous les jeux tenant à l'adresse et à l'exercice du corps.

673. — La véritable pensée du législateur, à l'endroit de ces exceptions, nous est nettement dévoilée par la dernière disposition de l'article 1966. La loi entend que le jeu, même licite, soit un délassement et non un métier. Aussi, tout en permettant de l'intéresser, elle veut le maintenir dans des limites étroites. De là, la faculté laissée aux tribunaux de rejeter la demande si elle paraît excessive.

674. — Il importe de remarquer que l'article qui permet le rejet ne laisse pas l'alternative entre ce rejet et la réduction. Il faut en conclure que cette réduction est dans tous les cas impossible. Cette conclusion se justifie par un double motif. Le jeu, sortant des limites modérées voulues par la loi, devient un jeu prohibé, comme tel, il ne saurait produire un effet quelconque; de plus, réduire l'enjeu convenu, c'est modifier la convention des parties, en changer les bases, faire en un mot un nouveau traité. Or, s'il est permis au juge d'interpréter un contrat valable, il ne lui est jamais loisible de suppléer au contrat nul par des dispositions valables.

675. — La fraude entachant le jeu a un caractère spécial que l'article 1967 consacre. En général, il en est de la dette frauduleuse comme de la dette dolosive. Non-seulement le débiteur n'est pas tenu de la payer, mais il peut encore la redemander après l'avoir payée

et s'en faire rembourser. Cette règle reçoit exception en matière de jeu. La loi proscrit toute répétition. Est-ce par respect pour ce préjugé que la dette de jeu est une dette d'honneur ? Est-ce parce que le jeu ne saurait dans aucun cas créer une action en justice? C'est ce qu'il n'est pas facile de décider. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que celui qui a payé est censé avoir soldé une obligation naturelle excluant toute possibilité de recours.

676. — Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le paiement ait été effectif, réel, définitif ; qu'il émane d'une volonté spontanée et libre. Nous venons de voir que le paiement par le règlement en valeur ne serait pas celui que la loi exige, puisque l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, renfermant ce règlement, devrait être annulé. Il n'y aurait donc pas paiement par la souscription d'une valeur quelconque ; il y aurait, tout au plus, reconnaissance de la dette ou ratification, et la loi proscrit également l'une et l'autre.

Il n'y aurait pas non plus paiement légal, si le paiement réellement fait est la conséquence de la supercherie, du dol ou de l'escroquerie. L'exécution d'une obligation naturelle, précisément parce qu'elle n'est pas ordonnée par la loi, ne peut être que le fruit d'une volonté intelligente et libre. Si cette volonté a été pervertie par des manœuvres, elle n'existe pas, et conséquemment il n'y a pas eu exécution. On ne donne pas volontairement ce qu'on n'aurait pas donné sans la ruse et le mensonge auxquels on a cédé. Les conditions exi-

gées par la raison et par la loi ne se rencontrant point, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant l'emploi du dol, de la supercherie, de l'escroquerie.

677. — Ces notions indiquent nettement ce qu'il faut considérer comme un paiement dans le sens de la loi. Aussi est-il permis de croire qu'aucune difficulté sérieuse n'arrêtera le juge, lorsqu'il aura à statuer entre le perdant et le gagnant. Mais il n'en est pas de même lorsque ce dernier ayant été désintéressé par un tiers, ce tiers actionne le perdant en remboursement de ses avances.

Cette action tombe-t-elle sous le coup de l'article 1965 ? Ici se présente une alternative offrant à ces deux termes un inconvénient grave; d'abord, d'une part, celui de laisser la perte à la charge d'un tiers étranger au jeu et ne méritant aucun reproche; d'autre part, celui de laisser l'article 1965 sans exécution. S'il suffit, en effet, pour l'éluder d'introduire un tiers dans l'exécution du traité, on ne manquera pas de le faire dans chaque espèce.

Il faut donc se soustraire à ce double écueil et, pour cela, ne pas s'écarter du système que la doctrine enseigne et que plusieurs monuments de jurisprudence ont déjà consacré. Les droits du tiers doivent être subordonnés à la preuve de sa bonne foi. Or, on juge de celle-ci par le plus ou moins de connaissance qu'il a eu de la nature de l'opération qu'il a soldée.

S'il a ignoré qu'il s'agissait d'une dette de jeu, le

paiement qu'il en a fait, sur l'ordre formel du perdant, le constitue créancier légitime de celui-ci jusqu'à concurrence des sommes qu'il a déboursées. C'est une avance ordinaire entre commerçant, dont la destination ne saurait, en ce qui le concerne, changer le caractère, dont on ne saurait, conséquemment, lui refuser la restitution.

S'il a connu la véritable origine de la dette et qu'il ne l'ait payée que sur un ordre exprès, l'action en remboursement ne s'aurait lui être refusée. Une dette de jeu peut être l'objet d'un paiement valable. Or, ce que le perdant peut faire lui-même, il peut le faire par mandataire. Donc, celui-ci ne fait, en prêtant son ministère, que coopérer à un acte autorisé par la loi, c'est le fait d'un ami prêtant à son ami de quoi satisfaire aux conséquences d'un jeu dont il a pu connaître l'existence, mais auquel il reste étranger. On ne saurait, dès-lors, lui refuser l'action en répétition. C'est ce qui avait été admis par l'ancienne jurisprudence, c'est ce que la nouvelle consacre.

Mais si le tiers, connaissant le jeu, a spontanément payé la dette, avant et sans en avoir reçu l'ordre du perdant, celui-ci sera fondé à lui en refuser le remboursement. Dans cette hypothèse, le tiers ne sera plus que le gagnant lui-même, auquel il lui a plu de se subroger, et, comme tel, il sera passible de toutes les exceptions opposables à celui-ci, notamment celle résultant de l'article 1965. Sans doute le perdant pouvait payer, mais il avait aussi la faculté de ne pas le faire, et cette

faculté n'a pu lui être enlevée avant et sans qu'il eût manifesté l'intention formelle d'y renoncer.

678. — A plus forte raison devrait-on éconduire l'action en remboursement du tiers, si, mandataire du perdant, il l'avait représenté dans le jeu et exécuté le pari pour son compte. Le mandat doit, pour engendrer une action contre le mandant, reposer sur une cause licite ; or, c'est ce qui ne se réalise pas dans le mandat de jouer. Vainement le mandataire exciperait-il de sa qualité, des ordres qu'il a reçus, de la faculté de payer qui lui a été expressément conférée. Conséquence naturelle du jeu lui-même, cette faculté participerait du vice entachant le mandat primitif et son exécution ne créerait aucun droit. C'est ce que la Cour de cassation décida dans l'affaire de Forbin-Janson ; c'est ce qu'elle vient de décider plus expressément encore dans une espèce dans laquelle la Cour d'Aix avait admis l'action en remboursement du mandataire.

Un sieur Coste, commissionnaire à Marseille, avait reçu du sieur Creps, de Pertuis, l'ordre de faire diverses spéculations sur les eaux-de-vie. La dernière opération d'achat et de revente solda par une différence de 57,000 fr., que Coste prétendit avoir réglée sur l'ordre exprès qu'il en avait reçu et dont il poursuivit judiciairement le remboursement.

Devant le tribunal de commerce de Marseille, l'exception invoquée par Creps, et fondée sur l'article 1965 du Code civil, fut repoussée ; mais sur l'appel, la Cour admit que les opérations faites par Coste pour le compte

de Creps n'étaient qu'un jeu dont l'existence ne pouvait être ignorée, surtout par Coste, qui l'avait seul exécuté. Mais séduite par l'habile défense de notre honorable confrère Mᵉ Perrin, la Cour ordonna que Creps rembourserait les 57,000 fr. Les motifs de cette solution étaient que le paiement d'une dette de jeu valable, quand il était directement opéré, pouvait valablement se faire par mandataire; que, dans l'espèce, ce paiement ayant été exécuté sur l'ordre exprès de Creps, celui-ci n'était pas plus fondé à contester le remboursement, qu'il ne le serait à répéter ce qu'il aurait payé lui-même.

Cet arrêt, ayant été déféré à la Cour suprême, a été cassé, le 26 février 1845, sur les motifs suivants :

« Attendu que la loi n'accorde aucune action pour le paiement d'un pari; que tous les jeux ou paris sur la hausse ou sur la baisse des marchandises dont les prix sont cotés à la Bourse, sont compris dans cette prohibition; que cette prohibition a pour objet de tracer une ligne de démarcation salutaire entre la loyale négociation des fruits du travail et de l'industrie, les spéculations sérieuses du commerce et les marchés fictifs, ces transaction immorales et ruineuse où sont seulement engagées les sommes représentant la différence de valeurs ou de capitaux imaginaires;

« Attendu que si l'action que la loi refuse au joueur qui gagne contre le joueur qui perd pouvait être exercée contre le joueur qui a perdu par le mandataire qui lui a servi d'intermédiaire dans le jeu ou dans le pari, que le législateur a voulu décourager; que si le man-

dataire était admis à se faire rembourser par le perdant, en cas de chance défavorable, le montant de ses pertes, sous le prétexte de paiements qu'il prétendrait avoir effectués à la décharge et en l'acquit de son commettant, la prohibition de la loi serait éludée ou pourrait toujours l'être ;

« Attendu que, pour apprécier justement les droits d'un mandataire, il ne faut perdre de vue ni la nature du mandat, ni la nature de la transaction pour laquelle le mandat est intervenu ;

« Attendu que, dans l'espèce, il est constaté, par l'arrêt attaqué, que le défendeur était l'agent du demandeur, dans les opérations auxquelles celui-ci se livrait alternativement sur la hausse et la baisse des marchandises dites 3/6, et qu'il était personnellement intéressé au jeu dont il se refuse à supporter les pertes ; d'où il suit que le mandat avait pour but une transaction désavouée par la loi ; qu'en l'acceptant, le défendeur s'était associé, à ses risque, péril et fortune, aux chances du pari ; *que le mandat spécial, en vertu duquel le paiement aurait eu lieu, est entaché du même vice que le précédent, dont il n'était que la conséquence ;* qu'il est, dès-lors, non-recevable à répéter les sommes par lui payées ;

« Attendu que c'est vainement que le défendeur invoque les dispositions de l'article 1967 du Code civil, qui refuse au perdant l'action en répétition de ce qu'il a volontairement payé, puisqu'il s'agit dans l'espèce non d'une action de ce genre, mais, au contraire, d'une

action dirigée contre le perdant qui n'a point payé et pour le contraindre à payer.[1] »

On le voit, la Cour de cassation pose nettement le principe de la responsabilité de l'intermédiaire ayant présidé au jeu. C'est avec toute raison que la Cour fait observer que le principe contraire annulerait la prohibition de l'article 1965. On comprend, en effet, que si le concours d'un tiers pouvait donner l'action que cet article refuse au joueur, ce concours se réaliserait dans toutes les espèces et deviendrait bientôt une des conditions de tous les traités de ce genre.

Ajoutons que dans bien de cas le pari ne se serait pas réalisé sans la complaisance coupable du mandataire intéressé qui a prêté son nom. Il est donc juste d'admettre qu'en se livrant au jeu pour le compte du mandant, qu'en se chargeant des opérations constituant la spéculation illicite, il fait plus que partager la culpabilité des deux joueurs, qu'il l'assume tout entière sur sa tête; qu'il doit dès-lors en supporter seul les conséquences. Puisse cette doctrine effrayer les tiers et enlever au jeu cet élément qu'il puise dans leur concours, et qui en favorise tant les déplorables développements.

Concluons donc que la doctrine de la Cour de cassation est non-seulement juridique, mais qu'elle est encore hautement avouée par la morale. Son exacte application laissant à la charge du tiers les conséquences du jeu qu'il a favorisé et auquel peut-être il a même ex-

[1] D. P. 45, 1. 101.

cité, ne fait qu'appliquer une peine justement encourue. Celui qui voudra s'en exonérer n'aura qu'à refuser son ministère, et le martyrologe de la bourse comptera, nous en sommes certains, quelques noms de moins.[1]

679. — L'article 2059 du Code civil offre plusieurs exemples de fraudes présumées, entraînant ou pouvant entraîner non-seulement la nullité de l'acte, mais encore la contrainte par corps pour le paiement des restitutions et des dommages-intérêts adjugés. Nous voulons parler des actes caractérisant le stellionat.

680. — Or, il y a stellionat : 1° lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque la chose d'autrui. Ce stellionat ne réside pas autant dans le fait lui-même que dans l'intention de son auteur. On peut, en effet, errer sur la nature de son droit ; on peut, de bonne foi, croire à une propriété qui n'existe pas. La preuve des circonstances pouvant justifier l'erreur alléguée serait de nature à affranchir le défendeur, non pas certes de la nullité de l'acte, mais de la peine de la contrainte par corps.

Cela s'induit naturellement des termes de la loi qui fait résider le stellionat dans la connaissance chez le vendeur ou l'emprunteur que la chose vendue ou hypothéquée ne leur appartient pas, *dont on sait n'être pas propriétaire*. Celui-là donc qui ne sait pas, ou qui a juste motif de ne pas savoir qu'il n'est pas propriétaire, ne

[1] Conforme, Troplong, sur l'art. 1965.

commet pas un stellionat même en vendant ou hypothéquant la chose d'autrui.

La présomption légale de fraude attachée au stellionat ne permet pas toujours d'admettre la preuve contraire. Dans l'hypothèse que nous examinons, la bonne foi peut être discutée dans le sens que nous venons d'indiquer, et pour faire disparaître le stellionat; mais la question de savoir si le défendeur a su ou non que la chose hypothéquée ou vendue ne lui appartenait pas, résolue dans le premier sens, les juges ne peuvent plus se dispenser de prononcer la contrainte par corps, et décider qu'il n'y a pas eu fraude chez le vendeur ou l'emprunteur.

681. — 2° Lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles dont les biens sont grevés. Remarquons que dans ces hypothèses la loi n'exige plus qu'on ait agi sciemment. Le fait ici emporte avec lui-même la preuve de ce caractère. On peut, en effet, errer sur l'origine, sur la nature d'un droit, mais on ne peut jamais ignorer les hypothèques qu'on a consenties.

Il semblerait, dès-lors, que la question de bonne foi ne saurait être ni proposée, ni admise, cependant le contraire a été consacré quelquefois.

Ainsi la Cour de Toulouse a jugé, le 10 janvier 1829, que bien que dans une vente un individu ait déclaré libre un immeuble qui se trouvait grevé d'une hypothèque, il peut être, en raison de sa bonne foi, affranchi des peines portées contre les stellionataires, et notam-

ment de la contrainte par corps, s'il a fourni à l'acquéreur tous les moyens de connaître l'existence de l'hypothèque, et s'il résulte des circonstances que celui-ci ne l'a pas ignorée.[1]

Nous ne pouvons admettre une doctrine de cette nature, en ce qu'elle paraîtrait mettre en question la fraude légalement présumée par la loi. Aux termes de l'article 1352, la présomption légale exclut la preuve contraire. En conséquence, si la Cour de Toulouse avait admis, non-seulement cette preuve contraire, mais encore l'inexistence de la fraude, elle eût violé cet article 1352 et méconnu le caractère de l'article 2059.

Mais, en se référant à l'arrêt, il est facile de se convaincre que la Cour n'a fait réellement ni l'un, ni l'autre, et que si elle n'a pas appliqué la peine du stellionat, c'est que les circonstances ne lui ont pas paru constituer un stellionat quelconque. Ainsi elle constate d'abord que la clause dont on voulait faire ressortir le stellionat devait être considérée plutôt comme une clause de style que comme une déclaration formelle d'absence de toute hypothèque ; elle relève ensuite cette circonstance que le titre constitutif de l'hypothèque avait été remis à l'acquéreur, et que celui-ci pouvait d'autant moins ignorer l'existence de la dette qu'il aurait été, avant la vente, chargé, en sa qualité de notaire, de solder au créancier les intérêts de ce qui lui était dû.

En réalité donc, l'arrêt est loin de dénier au stellio-

[1] D. P., 29, 2, 144.

nat ses conséquences légales, et surtout de l'excuser, mais usant du pouvoir d'interpréter que lui confère la loi, la Cour arrive à conclure qu'il n'y a pas stellionat. L'arrêt est donc un arrêt d'espèce et non un arrêt de doctrine dont on puisse inférer une contradiction avec l'article 2059 du Code civil. Il ne faut pas sans doute tromper l'acquéreur ou le prêteur, mais il ne faut pas non plus que la liberté du vendeur ou de l'acquéreur soit compromise, parce qu'il a plû au notaire d'obéir à un protocole qui lui est habituel, sans que le prétendu auteur de la déclaration ait pu apprécier l'importance et les suites de ce qu'on lui fait ainsi dire. Il ne faut pas surtout que la mauvaise foi de l'acquéreur, ayant été à même de tout savoir, puisse trouver dans la loi le moyen d'abuser d'une erreur n'ayant jamais existé.

682. — L'article 2059 exige, pour qu'il y ait stellionat, que le vendeur ou l'emprunteur ait déclaré les biens libres ou des hypothèques moindres que celles dont l'immeuble est grevé. De là, il résulte que si l'acte ne renferme aucune déclaration, il ne saurait exister de stellionat. Vainement exciperait-on, après l'acte, de l'existence de nombreuses hypothèques. Le vendeur ou l'emprunteur a pu les taire sans encourir aucune responsabilité. La loi, en effet, ne lui a pas ordonné de les faire connaître, tout ce qu'elle exige de lui c'est de se conformer à l'exacte vérité dans le cas où il serait appelé à faire, dans l'acte, une déclaration à cet égard.

683. — Il n'en est pas de même pour les maris et les tuteurs. L'article 2136 du Code civil veut qu'ils soient traités comme stellionataires lorsque, ayant manqué de requérir l'inscription de l'hypothèque légale afférente aux mineurs ou à la femme, ils ont consenti ou laissé prendre des priviléges ou hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles étaient affectés à ces hypothèques légales.

Ici l'obligation de déclarer existe. Elle est absolue et ne peut comporter aucun équipollent. Cette doctrine, enseignée par MM. Persil, Dalloz, Troplong, a été, à diverses reprises, consacrée par la jurisprudence.[1] L'omission est donc assimilée à la fausse déclaration et en entraîne toutes les conséquences.

684. — Les mêmes auteurs, M. Troplong notamment, enseignent que la question de bonne foi doit cependant être examinée, et peut être prise en considération. Mais, et c'est là l'observation de M. Troplong, il n'y aura bonne foi que lorsque le mari a pu croire l'immeuble libre, et cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Telle est l'espèce jugée, le 21 février 1827, par la Cour de cassation. Cet arrêt décide : que bien que le vendeur d'un immeuble grevé d'hypothèque légale ait déclaré que cet immeuble était franc et quitte, il peut être affranchi des peines du stellionat, s'il résulte des

[1] V. Limoges, 18 avril 1828; — D. P., 29, 2, 93.

circonstances qui ont accompagné la vente, qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration, comme si, par exemple, la femme mineure du vendeur, du chef de laquelle provenait l'hypothèque, a, lors de la vente, renoncé à son hypothèque, renonciation déclarée nulle, à cause de son état de minorité, lequel d'ailleurs a dû être connu de l'acquéreur.[1]

De son côté, la Cour de Bordeaux à jugé, le 9 juillet 1830, qu'un mari qui vend un fonds comme libre d'hypothèque, peut, soit à raison de sa qualité de villageois, soit en raison de ce que sa femme était présente à l'acte, être, malgré le principe que nul n'est censé ignorer la loi, déclaré n'avoir point su que le fonds vendu était grevé de l'hypothèque légale de sa femme, et, par suite, être affranchi des peines du stellionat.[2]

685. — Ainsi, la seule excuse constituant en cette matière la bonne foi du mari, est l'ignorance de l'existence de l'hypothèque légale de la femme ou la fausse croyance qu'elle a cessé d'exister. Il importe de retenir cette observation, car elle peut seule expliquer la contradiction qu'on pourrait reprocher à la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a jugé le 20 novembre 1826, après un délibéré en la Chambre du conseil, que par cela seul que le mari vendant l'immeuble grevé de l'hypothèque légale non inscrite de la femme, le déclare franc de toute hypothèque, il doit être

[1] D. P., 27, 1, 145.
[2] D. P., 30, 2, 273.

réputé stellionataire, et, comme tel, contraignable par corps, sans qu'il puisse être affranchi de cette contrainte sous le prétexte qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration.[1] Il est vrai que, dans cette espèce, la Cour de Toulouse, dont l'arrêt est cassé, avait invoqué la possibilité en fait que le vendeur eût ignoré, la dot ayant été reçue par son père, que sa femme eût hypothèque sur ses propres biens. Mais, indépendamment de ce que l'arrêt ne constatait pas en fait cette ignorance, il invoquait d'autres circonstances et notamment la connaissance que l'acheteur avait de la qualité d'homme marié du vendeur, et faisait résulter de là la bonne foi de celui-ci.

Il y a donc, entre cet arrêt et ceux précédemment cités, cette nuance que les premiers constatent l'ignorance ou la fausse croyance dont nous parlions, tandis que le dernier admet la bonne foi ordinaire puisée dans d'autres éléments. Il n'y a donc pas entre eux l'antinomie qu'on pourrait être tenté de leur reprocher. Tout s'explique par cette observation déjà faite, que la seule bonne foi excluant le stellionat est constituée par l'erreur sur l'existence ou la continuation du droit. Erreur qu'il ne suffit pas d'alléguer, mais qui doit être admise par le juge.

686. — Ainsi, pour tout le monde, il y a stellionat dès qu'on a présenté comme libres des biens qui ne l'étaient pas ou qu'on a dissimulé l'existence de quelques-unes des hypothèques dont ils sont grevés. Il

[1] D. P., 27, 1, 58.

existe de plus pour les tuteurs et les maris par l'omission de la déclaration de l'hypothèque légale. Mais le stellionat, dans le premier cas, n'est punissable que lorsque le mensonge ou l'inexactitude est le fait personnel et direct de celui à qui on le reproche. Nul ne peut indirectement engager sa liberté, quelle que soit d'ailleurs le concours donné à l'acte. Dès-lors, la caution ne saurait être tenue des conséquences du stellionat commis par le débiteur principal.

Par suite de ce principe, la femme commune qui s'est engagée solidairement avec son mari, n'étant censée qu'une caution, ne peut être garante du stellionat que l'acte renferme, c'est au reste ce que décide formellement l'article 2066 du Code civil.

687. — Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il occasione un préjudice. Ainsi, si les hypothèques non déclarées ont été plus tard éteintes ou radiées, rien ne s'opposant à ce que les promesses de l'acte soient fidèlement remplies, la poursuite en stellionat serait sans utilité et conséquemment irrécevable. Mais il en serait autrement dans les cas où la radiation des hypothèques non déclarées serait faite après l'ouverture de l'action en stellionat ou après la vente de l'immeuble hypothéqué, et lorsque le créancier aurait perdu le droit d'enchérir ou de surenchérir. Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, l'action en stellionat suivrait son cours et produirai tous ses effets.[1]

[1] Cass., 15 avril 1836; — D. P. 36, 1, 240.

688. — L'aliénation de la chose d'autrui étant radicalement nulle, l'acquéreur peut, même avant d'être troublé, poursuivre le vendeur et le faire condamner comme stellionataire. La demande, à cet effet, ne saurait être arrêtée par la ratification du véritable propriétaire qu'autant que l'acquéreur voudrait l'accepter. Dans le cas contraire, l'existence certaine du stellionat l'autoriserait à faire annuler la vente et ordonner la restitution de ce qu'il a payé par la voie de la contrainte par corps.

Nous verrons plus bas que la vente de la chose commune est assimilée à la vente de la chose d'autrui. Le communiste, qui l'a consentie en son seul nom, a donc commis un stellionat. S'il ne s'agit que d'un hypothèque, et que, par le résultat du partage, la chose affectée tombe dans le lot du constituant, l'hypothèque devient valable sans que celui-ci puisse être plus tard poursuivi comme stellionataire.

689. — La peine du stellionat est, indépendamment de la contrainte par corps, la nullité de l'acte, s'il s'agit d'une vente; la déchéance du terme, s'il s'agit d'une obligation. De plus, la loi prive le stellionataire de la faculté d'être admis à la cession des biens; elle l'exclut, lorsqu'il est commerçant, du bénéfice de l'excusabilité; en cas de faillite, elle ne lui permet pas même la réhabilitation.

690. — Le livre trois du titre six du Code civil renferme plusieurs hypothèses pour lesquelles la loi a

admis la présomption de fraude. C'est d'abord l'article 1595 prohibant la vente entre époux, sauf les exceptions indiquées.

Les motifs de cette prohibition sont clairement indiqués par les débats au corps législatif. Sans cette prohibition, disait-on, rien n'eût été plus facile que d'éluder la restriction mise par la loi au droit qu'ont les époux de s'avantager au-delà de certaines limites; de rendre irrévocables des dons que la loi soumet à une condition perpétuelle de révocabilité. D'ailleurs le mari, maître et administrateur de la communauté, chargé d'assister et d'autoriser sa femme, ne pouvait concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur.[1]

Le législateur a donc posé comme présomption légale, excluant la preuve contraire, qu'entre personnes si intimement unies, dominées par des influences mutuelles, la vente masque une donation ou une fraude contre les tiers.

691. — Les inconvénients du système contraire avaient été depuis longtemps appréciés. En effet, on sait que le droit romain n'admettait pas la présomption de simulation. La vente entre époux était valable en tant qu'elle n'était pas prouvée renfermer un avantage indirect, et, dans ce cas, on se contentait de condamner la femme à tenir compte de ce dont elle avait été gratifiée seulement : *Quatenus facta est locupletior.*[2] Bien

[1] Portalis, *Exposé des Motifs.*
[2] L. 5, Dig., § 5, *de Donat. inter vir. et uxor.*



plus, les jurisconsultes romains conseillaient de ne pas traiter trop sévèrement de pareils actes : *Et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.*[1]

Les difficultés que soulevait l'application avaient éclairé notre législateur. Le droit coutumier français avait répudié les errements du droit romain et admis la présomption de simulation. La vente entre époux n'était considérée que comme un avantage indirect et frappée conséquemment de nullité. C'est ce qu'enseignent les coutumes de Normandie, de Nivernais; c'est, au témoignage de Pothier, ce qui était admis par les coutumes qui ne s'en étaient pas formellement expliquées; c'est enfin ce que nous apprend Dumoulin, sur l'article 256 de la coutume de Paris, et ce qu'il résume dans cette proposition : *Nullum contractum etiam reciprocum, facere possunt* (les époux), *nisi ex necessitate.* Aussi, ajoute-t-il, consulté sur la question de savoir : *An possit maritus justo pretio vendere uxori, quod domus propria viri erit communis? Respondi : Non.*

692. — Cette doctrine est devenue celle du Code. Aujourd'hui, la règle générale est l'incapacité réciproque des époux pour les ventes mutuellement consenties, et cette incapacité prend sa source dans la présomption que ces ventes ne sont qu'un moyen d'éluder la loi ou de frauder les tiers. Mais cette règle

[1] L. 28, § 2, *de Donat. inter vir. et uxor.*

reçoit exception, et cela devait être. En effet, le but du législateur a été de proscrire toutes les ruses qu'un mari adroit et cupide serait tenté d'employer pour spolier sa femme ; d'empêcher que celle-ci abuse de l'affection qu'elle a su faire naître et entretenir pour se faire avantager outre mesure ; d'assurer enfin la sincérité des transactions entre époux. Or, lorsque par sa nature l'acte n'offre plus qu'une opération légitime, naturelle et ne permet pas même le soupçon, il eût été irrationnel et injuste de fermer les yeux à l'évidence et, sacrifiant la vérité à la fiction, de prononcer une nullité sans utilité et sans but réel.

693. — Tel est évidemment le caractère des exceptions consacrées par l'article 1595. La première se réalise lorsque, après la séparation, l'un des époux cède des biens à l'autre en paiement de ses droits; la seconde, lorsque la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou ces deniers ne tombent pas en communauté. La troisième exception est relative à la cession faite par la femme au mari, en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, lorsque les époux ont exclu la communauté.

694. — Dans le premier cas, la femme doit recevoir sa dot et le montant de ses reprises. Le mari, obligé à ce paiement, devant dans tous les cas le réaliser, il importe fort peu qu'il vende ses immeubles à un tiers pour

en compter le prix à sa femme, ou qu'il vende directement à celle-ci. Ce dernier parti est même plus convenable et plus utile. Ce n'est pas, à proprement parler, une vente, c'est une dation en paiement, que la loi n'avait aucun motif de proscrire.

D'autre part la liquidation, et la reprise par la femme de son immeuble dotal, peut constituer le mari créancier pour réparations et améliorations à l'immeuble. Quel inconvénient y avait-il à autoriser la femme à payer ce qu'elle doit par la désemparation d'immeubles d'égale valeur?

Sans doute, dans l'une et l'autre hypothèse, l'acte peut renfermer un avantage illicite, en ce sens que, dans la première, l'immeuble donné par le mari le sera à un prix fort au-dessous de sa valeur; que, dans la seconde, l'immeuble de la femme sera évalué à un prix exagéré, ou *vice versa*. Mais la loi a pourvu à cette fraude, en réservant aux héritiers réservataires et aux créanciers le droit de faire restituer à l'immeuble sa véritable valeur.

695. — La seconde exception emporte aussi plutôt la dation en paiement qu'une vente. Le mari est débiteur envers sa femme du prix de ses propres aliénés ainsi que des deniers qui lui sont échus pendant le mariage, et cela est surtout vrai lorsque les époux sont sous un régime exclusif de la communauté, il a donc intérêt à opérer le remploi du prix et, pouvant acheter des immeubles, il doit pouvoir acheter de lui-même en vendant à sa femme ceux qui lui appartiennent. Il en

est de même pour les deniers perçus par lui; comme il sera toujours obligé de les restituer, il peut devancer cette obligation et l'exécuter par la cession de ses immeubles. Il ne change rien ni à sa position, ni à celle de sa femme, il ne fait qu'éteindre sa dette, la vente a donc une cause légitime.

L'exemple cité par l'article 1595 est démonstratif et non limitatif. Toutes les fois qu'il y aura cause légitime, la vente entre époux pourra être maintenue. La légitimité de la cause est abandonnée à l'appréciation du juge. Mais il faut remarquer que le Code ne parle, dans cette seconde exception, que des ventes faites par le mari à la femme, faut-il en conclure que celle que la femme consentirait au mari, se plaçant en dehors des termes précis de l'article, devrait être annulée quelque légitime qu'en fût la cause?

C'est ce qu'enseigne M. Troplong,[1] en décidant négativement la question de savoir si la femme pourrait vendre ses immeubles à son mari pour le rembourser du paiement de ses dettes antérieures au mariage. La cause de cette vente, dit cet éminent magistrat, est certes aussi légitime que dans aucune autre espèce. Mais la loi n'établissant pas la réciprocité, on ne saurait, sans la violer, maintenir le contrat. Mais, ainsi que l'observe M. Duvergier, la discussion au conseil d'Etat ne permet pas d'admettre que tel ait été l'esprit de la loi. Il est vrai que, sur l'observation de Regnauld de St-Jean d'Angely, il avait été convenu que l'article 1595

[1] Sur l'article 1595.

s'expliquerait sur la réciprocité des ventes entre époux, ce que la rédaction définitive n'a pas fait. Cette omission, en présence de l'adoption certaine de la proposition de M. Regnauld, adoption dont rien ne prouve la rétractation ultérieure, peut s'expliquer ou par une négligence ou par la pensée que, l'ensemble de l'article remplissant implicitement le but qu'on voulait atteindre, il n'était pas nécessaire de l'exprimer explicitement. Ce qui est certain, c'est que la loi n'a voulu que défendre la fraude, qu'empêcher la violation de la prohibition faite aux époux de s'avantager au-delà de certaines limites, or payer une dette certaine, c'est ne faire ni l'un ni l'autre. Cela, admis du mari à la femme, doit être nécessairement vrai de la femme au mari : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

696. — Enfin le troisième cas excepté de la prohibition est la vente d'un immeuble en paiement de la dot mobilière que la femme est dans l'impossibilité de réaliser. Cette substitution ne renferme aucun avantage pour le mari ; si l'immeuble est accepté pour sa juste valeur, elle n'est que l'accomplissement d'une obligation légitimement contractée. Toutefois, cela n'est incontestable que sous l'empire d'un régime exclusif de communauté, dans le cas contraire, remplacer une somme peut-être irrécouvrable, entrée en communauté, par un immeuble qui n'y entre pas de droit, serait consentir un avantage et non une vente.

697. — En résumé, la vente entre époux est présu-

née frauduleuse. Telle est la règle, mais cette règle reçoit exception, lorsqu'il apparaît d'une cause légitime; cette cause légitime existe de plein droit dans les trois cas spécifiés dans l'article 1595, sauf le droit des héritiers à réserve et celui des tiers sur la simulation du prix fixé dans l'acte; dans tous les autres cas où l'existence d'une cause légitime serait alléguée, la loi s'en réfère à la prudence des tribunaux qu'elle en constitue les arbitres souverains.

698. — Mais, pour pouvoir utilement se placer dans l'exception prévue, il ne suffit pas de motiver la vente sur un des faits qui constituent cette exception, il faut en outre que la position des parties explique et justifie la vente. Ainsi il a été jugé que la créance que la femme dotale a sur son mari pour sa dot n'est pas, tant qu'elle n'a pas été rendue exigible par la séparation de biens, une cause légitime dans le sens de l'article 1595 du Code civil, autorisant la cession des biens du mari; c'est là une reprise dans le sens du numéro premier de cet article et l'on objecte en vain qu'il suffit, aux termes du numéro deux, que la créance ne tombe pas en communauté;[1]

Que sous le régime dotal, les reprises de la femme ne pouvant être exigées qu'après la dissolution du mariage et le mari n'étant pas soumis, sauf clauses contraires, à faire emploi jusqu'à cette époque, l'existence de ces

[1] Cass., 12 juin 1839; — D. P. 40, 1, 15.

reprises n'est point une cause légitime donnant droit au mari de vendre à la femme un de ses immeubles;[1]

Enfin que la vente d'un immeuble faite par le mari au profit de sa femme, à titre de remploi de diverses aliénations, est nulle, non obstant l'énonciation de remploi, s'il résulte de circonstances graves que cette vente a été faite dans le but de soustraire l'immeuble à l'action des créanciers du mari.[2]

Il en serait de même si la créance paraphernale, pour le paiement de laquelle il y a eu vente entre époux, était déclarée avoir une trop faible importance, en proportion des biens cédés.[3]

699. — Quel est le sort de la vente entre époux tombant sous le coup de la prohibition de l'article 1595? Par rapport aux tiers intéressés, la question ne saurait être douteuse, la nullité est absolue. Les choses rentrent dans la possession du précédent propriétaire et restent affectées aux droits et aux exécutions que chacun d'eux peut prétendre ou exercer;

700. — Par rapport aux héritiers réservataires, la vente n'est pas nulle, en ce sens qu'elle ne doive produire aucun effet. Considérée comme un avantage indirect, elle doit se réduire jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Cette opinion, enseignée par Toullier,[4] nous

[1] Grenoble, 10 juillet 1841; — D. P. 42, 2, 45.
[2] Bordeaux, 15 janvier 1839; — D. P. 39, 2, 132.
[3] Cass., 24 juin 1839; — D. P. 40, 1, 15.
[4] T. XII, p. 64.

paraît incontestable. L'un des motifs du législateur, en proscrivant la vente entre époux, a été d'empêcher la disposition d'outrepasser les bornes tracées aux avantages qu'ils peuvent réciproquement se conférer. Donc, renfermer dans tous les cas cette disposition dans les limites de la quotité disponible, c'est lui affecter un caractère légal. Comment empêcherait-on de faire indirectement ce qu'il est permis de faire d'une manière directe.

701. — Il n'est certes pas défendu à la femme d'acheter soit des immeubles, soit des meubles pendant la durée du mariage. Mais ces achats peuvent masquer une fraude, soit contre les créanciers, soit contre les héritiers à réserve, lorsque le paiement du prix, censé fait par la femme, l'a été réellement par le mari et de ses propres deniers. La facilité d'exécuter cette fraude a, de tous temps, éveillé la sollicitude du législateur. De là, la présomption que ce qui est acheté par la femme l'a été des deniers du mari. Mais cette présomption n'est pas exclusive de la preuve contraire; elle oblige seulement la femme à justifier des ressources qu'elle a employées : *Unde habuerit.* [1]

702. — L'article 1596 prohibe la faculté de devenir adjudicataire :

Au tuteur des biens de ceux dont il a la tutelle ;

Aux mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre ;

[1] L. 51, Dig. *de Donat. inter vir. et uxor.*

Aux administrateurs des biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;

Aux officiers publics des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

Les adjudications rapportées au mépris de cette disposition sont considérées comme frauduleuses et annulées de plein droit, sans qu'on puisse avoir égard à la bonne foi alléguée.

Les raisons de sûreté et d'honnêteté publiques qui motivent cette disposition sont, dit M. Portalis, [1] trop évidentes pour qu'il soit nécessaire de les développer. Chacun sent, en effet, que l'autorisation de devenir adjudicataire amènerait bientôt les personnes désignées à mettre, pour écarter toute concurrence, le soin que le législateur exige de leur part pour la multiplier. C'est aussi ce qu'avaient pensé les législations précédentes que le Code n'a fait que copier.

705. — En règle générale, les incapacités sont de droit étroit sans qu'on puisse les étendre. De là, quelques auteurs, et notamment M. Duranton, [2] ont conclu que l'article 1596 du Code civil ne concernait pas le subrogé-tuteur. Nous admettrons cette solution lorsque, par la nature de la vente, le subrogé-tuteur y demeure étranger, n'ayant aucune mission de la surveiller, comme, par exemple, en cas d'aliénation par suite d'expropriation. Au contraire, si la vente est volontaire, le su-

[1] Exposé des motifs, corps législatif, 27 février 1804.

[2] T. XVI, n° 134.

brogé-tuteur doit, aux termes de l'article 459 du Code civil, être présent dans l'instance, et cette présence n'a d'autre but que de surveiller et de protéger les intérêts du mineur. Or, cette mission est inconciliable avec la faculté de se rendre adjudicataire, puisque, dans ce cas, l'intérêt du subrogé-tuteur serait opposé à celui du mineur. Il ne faut donc pas que dans cette position ce dernier intérêt puisse être sacrifié. Nous dirons du subrogé-tuteur, dans cette circonstance, ce que Portalis disait tout à l'heure du mari : Il ne peut concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur. D'ailleurs, chargé de partager les devoirs du tuteur, il doit subir les prohibitions faites à ce dernier. La même distinction doit régir le curateur du mineur non émancipé et le conseil judiciaire donné à un prodigue.[1]

704. — L'article 711 du Code de procédure civile complète la série des incapacités en partie établies par l'article 1596. Les membres du tribunal devant lequel la vente se poursuit pourraient abuser de l'influence s'attachant à leur qualité pour écarter les enchérisseurs. La connaissance qu'un d'eux se présente comme acquéreur suffirait seule, et indépendamment de toute démarche personnelle, pour déterminer ce résultat. La loi a donc sagement et prudemment agi en ne leur permettant pas de se mettre sur les rangs des acquéreurs.

[1] Troplong, art. 1596, n° 187.

705. — La nullité de l'adjudication faite en faveur d'un incapable peut être poursuivie par tous les ayant-droit. Il n'y a à cette règle générale qu'une exception, à savoir : l'incapable lui-même. Autoriser celui-ci à se soustraire aux charges résultant de l'adjudication, c'était lui permettre de se prévaloir de sa propre turpitude. La loi ne doit aucune protection à celui qui ne s'est mis dans le cas de l'implorer qu'en la violant ouvertement.

706. — Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent, aux termes de l'article 1597, devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions.

Un juge, disait Portalis, dans l'Exposé des motifs, est établi pour terminer les contestations des parties et non pour en trafiquer. Il ne peut et ne doit intervenir entre les citoyens que comme ministre des lois et non comme l'agent des intérêts, de la haine et des passions de l'homme. S'il descend honteusement de son tribunal, s'il abandonne le sacerdoce auguste qu'il exerce pour échanger sa qualité d'officier de justice contre celle d'acheteur d'action, il avilit le caractère honorable dont il est revêtu, il menace, par le scandale de ses procédés hostiles, les familles qu'il ne doit que rassurer par ses lumières et ses vertus. Il cesse d'être magistrat, il n'est plus qu'oppresseur.

Il serait à craindre, ajoutait l'orateur du tribunat, que les différentes personnes énumérées dans l'article n'inquiétassent les plaideurs par leur influence ou tous autres moyens, et qu'armés de leur titre d'acquisition, elles ne les forçassent à faire en leur faveur des sacrifices considérables pour se débarrasser d'adversaires dangereux.

La loi a donc suivi, en cette circonstance, la voie que nous avons déjà signalée en traitant du dol présumé. Plus la fraude est prochaine et facile, plus elle redouble de précautions et plus elle en suppose aisément l'existence. Or, on pouvait prévoir, sans trop de témérité, que les personnes dont parle l'article 1597, voulant se faire céder des droits litigieux, feraient nécessairement valoir leur position, leur influence, sauraient adroitement semer des craintes sur le résultat. Consacrer de pareilles manœuvres, c'était encourager une fraude d'autant plus dangereuse, que celui qui en est l'objet a moins de moyens de s'y soustraire. C'est pour obvier à cet inconvénient que la loi a consacré la prohibition absolue que nous trouvons dans l'article 1597.

707. — Cet article place sur la même ligne les procès et les droits et actions litigieux. Cette locution ne serait qu'un pléonasme s'il fallait, dans l'occurrence, appliquer l'article 1700 du Code civil, suivant lequel on doit considérer comme litigieux le droit sur lequel il y a procès ou contestation. Cette considération a amené la doctrine à conclure que l'article 1597 n'exige pas que le procès soit commencé. Il y a droit douteux, et partant

incessible, toutes les fois que le droit à céder est non reconnu, incertain, sujet à contestation et de nature à appeler les parties devant les tribunaux. [1]

708. — Il en est de la nullité résultant de l'article 1597, comme de celle prononcée par l'article 1596. Le cessionnaire seul est non-recevable à s'en prévaloir. Le cédant le peut, quoi qu'en dise M. Duranton, car la loi présumant la fraude le suppose trompé, admet qu'il a cédé devant une influence irrésistible ou obéi à des conseils intéressés et pernicieux. On se placerait donc en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi, si, punissant le cédant de la fraude dont il est victime, on prétendait l'empêcher d'en poursuivre la réparation sous prétexte d'une complicité dans la violation de la loi. [2]

La partie engagée dans le litige peut avoir un grand intérêt à se trouver en face de son véritable compétiteur. Elle se débarrasse d'abord d'un adversaire redoutable par sa position de fortune et son influence ; elle se ménage, dans tous les cas, les moyens d'obtenir de l'intéressé direct des déclarations et des aveux dont elle pourra se prévaloir dans l'instance. A ce double titre, son droit de demander la nullité de la cession est incontestable.

709. — Dans chacune des hypothèses des articles que nous venons d'examiner, la nullité des ventes, ad-

[1] Duranton, tom. XVI, n° 145 ; — Troplong, art. 1597, n° 200.
[2] Voy. Troplong, *ibid*, n° 194.

judications ou cessions ne serait pas éludée par les précautions prises pour masquer la violation de la loi, et notamment par l'interposition d'un prétendu acquéreur, adjudicataire ou cessionnaire. Cette interposition peut être prouvée dans tous les cas. Serait-elle de plein droit admise pour les personnes indiquées par l'article 911 du Code civil ?

L'identité de solution semble devoir être la conséquence de l'identité des motifs. Il s'agit dans nos trois articles, comme dans l'article 911, d'incapables ayant intérêt à masquer la fraude par une simulation offrant quelques chances de réussite. Or la loi, qui tient à réprimer celles-ci, n'attache pas un moindre prix à la répression de celles-là, pourquoi donc prendrait-elle des moyens différents en présence de circonstances identiques.

Cependant l'application absolue de l'article 911 conduirait dans l'espèce à des résultats absurdes. Il faut donc adopter comme règle certaine que l'interposition de personne viciant l'acte dont la nullité est réclamée, ce moyen peut toujours être allégué et prouvé ; que son existence légalement acquise, lorsque l'avantage conféré à l'incapable doit lui arriver sous le couvert de ses père, mère, enfants ou descendants, ou de son conjoint, peut être détruite dans l'espèce par la preuve contraire.[1]

710. — Le Code de commerce a suivi, quant à la

[1] V. *infra*, tom. III, chap. 3, sect. 4, § 4.

fraude, les errements du Code civil; à son tour, il en présume l'existence, dans les cas où la facilité pour la commettre la rend imminente et prochaine.

Tel est le caractère de la prohibition que les articles 85 et 86 renferment contre les agents de change et courtiers, de faire le commerce pour leur propre compte ou de s'immiscer dans les opérations dont ils sont les intermédiaires légaux. Ce caractère ressort des motifs sur lesquels reposent ces deux dispositions.

« Il ne peut y avoir sûreté pour le commerçant, si l'intermédiaire ne conserve pas un caractère de neutralité absolue entre les contractants qui l'emploient. Dès que son intérêt peut être attaché directement ou indirectement à la négociation à laquelle il s'entremet, il trompe nécessairement une des parties et peut-être toutes deux. Un agent intermédiaire, qui fait pour son compte des opérations de commerce, viole tous les principes qui constituent sa profession, il trahit à la fois la confiance publique et la confiance du commerce, ce n'est le plus souvent qu'un rival trompeur qui usurpe des droits illégitimes en prenant un caractère qui ne lui appartient pas; qu'un concurrent d'autant plus dangereux qu'il opère connaissant parfaitement les intentions de ses commettants, trompés par son titre officiel. »

711. — Il y a donc, dans le fait du courtier ou de l'agent de change violant les prohibitions de la loi, un véritable abus de confiance. C'est plus qu'une fraude, c'est un délit que l'article 87 du Code de commerce punit de la destitution et d'une amende, dont le maxi-

mum est fixé à 3,000 francs. L'existence du fait est à tel point constitutive du délit, que les tribunaux ne peuvent apprécier la question intentionnelle, et moins encore refuser de prononcer la peine, sous prétexte de bonne foi. Mais le fait d'immixtion rentre dans leur examen, en ce sens que l'acte reproché peut être déclaré ne pas constituer le délit caractérisé par la loi, comme s'il s'agissait de quelques opérations isolées, accidentelles, expliquées par des motifs légitimes.[1]

712. — Les articles 85 et 86 ne prononcent pas la nullité des opérations faites au mépris de leur disposition. Cette pénalité ne pouvait être édictée sans s'exposer à apporter un grand trouble dans les opérations commerciales, sans affecter des droits légitimement acquis par des tiers. En commerce, en effet, on n'achète guère que pour revendre, on ne prend des valeurs que pour les transmettre soit à titre de négociation, soit à titre de paiement. La nullité de l'opération première eût donc amené une cascade de nullités et une véritable perturbation dans la marche naturelle du commerce. On devait donc se taire sur la nullité laissant, à chaque espèce particulière, à amener la décision juridique qu'elle comportera.

Quelle est la conséquence de ce silence? Faut-il l'interpréter dans le sens de la validité absolue de l'opération? L'affirmative n'est pas douteuse quant au courtier ou à l'agent de change lui-même. Il ne pourrait en

[1] Pardessus, t. 1, n° 76.

effet tenter de se soustraire à ses engagements qu'en excipant de son propre délit, ce qui doit lui être interdit de la manière la plus absolue.[1]

713. — La Cour de cassation a jugé, le 15 mars 1810, que celui qui a traité avec un courtier ne peut, excipant de l'article 85, se refuser de faire face à ses engagements. La doctrine a inféré de cet arrêt que la nullité ne pouvait, dans aucun cas, être prononcée ; nous ne pouvons partager cette opinion, en tant qu'elle tend à empêcher la nullité d'être prononcée dans tous les cas et d'une manière absolue.

Nous distinguerons d'abord entre une négociation d'effets commerciaux et une vente de marchandises. Si l'agent de change, réalisant la première, a reçu les valeurs et compté les espèces, il n'y a plus moyen de prononcer la nullité. Le souscripteur des effets ou l'endosseur qui les a transmis à l'agent de change ne saurait prétendre qu'on doit les lui restituer sans qu'il soit tenu de rembourser lui-même l'argent qu'il a reçu en échange. Tout ce qu'il peut prétendre, c'est la réparation du préjudice que la déloyauté de l'agent de change lui a occasionné, or cette réparation n'exige pas la nullité de l'opération, elle se réalise par une allocation de dommages-intérêts.

Dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, le demandeur en nullité était le souscripteur des effets que l'agent de change, à qui ils avaient été cédés par le por-

[1] Bordeaux, 23 nov. 1828.

teur, poursuivait en paiement. Or il est évident que la nullité n'était pas même sérieusement opposable. En effet, débiteur certain des sommes réclamées, le souscripteur ne pouvait se soustraire au paiement, parce que son créancier direct avait traité avec un agent de change. Tout ce qu'il pouvait soutenir, c'est que la négociation illicite n'avait pu transférer la propriété, que, conséquemment, l'agent de change ne devait pas être considéré comme tiers-porteur sérieux et de bonne foi, et que toutes les objections opposables à son cédant pouvaient lui être opposées. Mais prétendre ne pas payer, parce qu'il avait plu au porteur de traiter avec un agent de change, c'était poursuivre un but irrationnel autant qu'inique; le proscrire était donc un devoir pour les tribunaux.

A plus forte raison devrait-on le décider ainsi toutes les fois qu'après avoir pris personnellement des valeurs, l'agent de change les a endossées à des tiers qui en demandent paiement. Cette demande ne comporterait aucune exception de la nature de celle que nous examinons, à moins qu'on ne prouvât que le porteur n'est qu'un prête-nom, et, dans ce cas, nous venons de le dire, tout ce que pourrait exiger le souscripteur ce serait la réparation du préjudice qu'il éprouve.

On doit appliquer la même règle à l'achat de marchandises. Si le vendeur a livré, il ne serait pas recevable à redemander la marchandise, si elle est encore entre les mains du courtier ayant traité pour son compte. A plus forte raison, si le courtier l'avait revendue à des

tiers. Ce que la loi autorise dans ce cas, c'est l'action en indemnité si un préjudice quelconque a été souffert.

Mais, s'il ne s'agit que d'une promesse de négociation ou d'une vente à terme, nous croyons que l'agent de change ou le courtier ne serait pas recevable à demander l'exécution de la promesse et la livraison effective soit des billets, soit des marchandises. Le traité sur lequel cette demande s'appuierait étant un délit, l'obligation aurait une cause illicite ne créant aucun droit et conséquemment aucune action. D'ailleurs, pourquoi forcerait-on l'exécution, lorsqu'on reconnaît que cette exécution engage l'agent de change ou le courtier à réparer le dommage? N'est-il pas naturel de prévenir plutôt que de réparer, et, puisque les choses sont en l'état, de ramener les parties au respect de la loi que l'une d'elles a complètement oublié.

Nous croyons cette doctrine juridique. Ce qui le prouve, c'est qu'il est admis en principe que les courtiers sont sans qualité pour exercer en leur propre nom les actions en paiement ou en livraison des marchandises vendues par leur entremise.[1] Pourraient-ils, donc faire pour leur propre compte ce qu'il leur est interdit de faire pour le compte d'autrui? La réponse ne saurait être douteuse, avec d'autant plus de raison que l'esprit de l'arrêt que nous rappelons amène à cette conséquence qu'on ne prohibe l'action pour compte du tiers que parce que le courtier y trouverait le moyen d'éluder la prohibition, et qu'on a craint qu'il figurât réellement

[1] Cass., 2 brumaire an 13.

lui-même sous le manteau de celui dont il a emprunté le nom.

Ainsi l'opération faite contrairement aux prescriptions de la loi, et qui n'a pas reçu immédiatement son entière exécution, peut être annulée. Mais l'agent ou le courtier contrevenant ne peut, dans aucun cas, demander cette nullité. Pour lui, il n'y a pas de distinction à faire, il est, dans tous les cas, obligé d'exécuter ses engagements.

714. — Il suit de ce qui précède que la nullité étant opposable à l'agent de change ou au courtier, on pourrait également l'opposer au tiers poursuivant pour contraindre soit à accepter, soit à effectuer la livraison, si ce tiers n'était que le prête-nom de l'un ou de l'autre. Mais cette simulation n'est jamais présumée. C'est à celui qui l'allègue à en fournir la preuve. A défaut de cette preuve, le tiers est considéré comme de bonne foi et conséquemment maintenu dans le bénéfice de l'opération.[1]

715. — Quelle est la véritable portée de la défense faite par l'article 86 aux agents de change ou courtiers, de garantir l'exécution des marchés faits par leur entremise? Le courtier de commerce qui, moyennant un ducroire, garantit la solvabilité de l'acheteur qu'il propose, contrevient-il à cette prohibition?

Cette question, que le texte de la loi semble résoudre

[1] Cass., 18 décembre 1828.

par l'affirmative, doit surtout être examinée au point de vue de l'esprit du législateur, et cet examen doit déterminer la solution contraire.

Ce que la loi a voulu, c'est prohiber au courtier toute opération commerciale pour son propre compte. A cet égard, les paroles de Portalis, déjà rappelées, ne laissent aucune place au doute.

Cette volonté serait demeurée sans effet si la prohibition directe eût pu être indirectement éludée. Or, un des moyens les plus propres à éteindre ce dernier résultat, eût été la garantie de l'exécution des marchés. Qui ne voit, en effet, les conséquences possibles de cette garantie?

Un courtier voulant acheter ou vendre selon la chance de la spéculation, mais ne pouvant le faire en son nom, l'eût fait en celui du premier venu, en se rendant garant de l'exécution. L'époque de la livraison arrivée, le prétendu traitant n'aurait pu ou voulu soit livrer la marchandise, soit l'accepter, soit payer la différence. En vertu de la garantie promise, le courtier eût donc été contraint de recevoir ou d'opérer lui-même cette livraison, ou de payer la différence et de se livrer dans tous les cas à des opérations commerciales.

La prohibition de garantir l'exécution n'a pas d'autre objet que de mettre le courtier dans l'impossibilité d'avoir jamais à livrer, ou à recevoir des marchandises, ou à payer des différences; de l'empêcher ainsi de prendre part à des spéculations et de tenter de réaliser un bénéfice ou une perte sur les traités qu'il détermine par son intermédiaire. Il faut donc reconnaître que tout ce

qui ne sera pas de nature à amener l'un ou l'autre ne rentrera pas dans la prohibition qui lui est faite.

Or, garantir la solvabilité de l'acheteur, c'est sans doute s'exposer à une perte, mais sans compensation aucune du côté des bénéfices. La perte elle-même ne sera pas une conséquence du marché, en ce sens que l'insolvabilité postérieure peut tenir à de toutes autres causes, il peut se faire que le marché en lui-même ait été fort avantageux; enfin, lorsque le paiement devra s'effectuer, le marché aura été exécuté depuis longtemps, l'un n'étant que la conséquence de l'autre.

Garantir la solvabilité de l'acheteur est si peu garantir l'exécution du marché, que si celui-ci refuse la livraison, le vendeur n'aura aucun recours contre le courtier. Ses droits à contraindre l'acceptation se concentreront contre l'acheteur, et ce n'est qu'après livraison effectuée et reçue que l'obligation éventuelle du courtier aura une valeur quelconque.

Donc garantir la solvabilité, c'est faire un crédit à l'acheteur. Aucune loi ne défend au courtier de prêter de l'argent à ses clients. Il pourrait leur avancer les fonds au moment de l'achat, pourquoi ne pourrait-il pas s'engager à prêter les fonds au moment du paiement.

Vainement exciperait-on de ce que l'article 85 lui défend de payer et de recevoir pour le compte de ses commettants. Cette prohibition ne s'étend pas aux prêts personnels qu'il pourrait consentir à ceux-ci. C'est ce que la jurisprudence a admis à toutes les époques.[1]

[1] Paris, 9 juin et 14 nov. 1836; — D. P. 1836, 2, 127; — J. D. P., tom. I, 1837, p. 257.

Ainsi, garantir la solvabilité de l'acheteur, ce n'est pas violer la prohibition de l'article 86. Admettre le contraire, serait consacrer que le législateur a parlé d'une manière, agi de l'autre. Le courtier garantissant la solvabilité conserve son caractère de neutralité, il ne trompe ni l'une ni l'autre des parties, ni toutes deux. Il ne trahit ni la confiance publique ni celle du commerce; il n'est, pour aucune des parties, ni un rival ni un concurrent. Il ne réunit donc aucune des conditions par la crainte desquelles on lui a interdit le commerce.

Tout ce qui peut résulter de l'acte que nous examinons, ce que le courtier sera d'une extrême circonspection dans le choix de ses clients acheteurs, c'est qu'il ne s'entremettra que pour des gens actuellement solvables, ce qui sera un avantage signalé pour le vendeur.

A cet avantage s'en joindra un autre dans l'intérêt du commerce en général, du petit commerçant en particulier. On sait toutes les peines qu'éprouvent quelquefois ces derniers pour se procurer un crédit qui finit souvent par les faire arriver à un si haut degré de prospérité. Or, ce résultat sera atteint par l'obligation éventuelle du courtier, et il le sera sans préjudice pour le vendeur que cette obligation éventuelle garantit suffisamment. Ainsi absence complète de tous inconvénients d'un côté, avantage immense de l'autre; conclusion logique : il n'est pas possible que la loi ait entendu prohiber un pareil état de choses.

Remarquons cependant que la garantie de la solvabilité peut n'être qu'une simulation. Ainsi le courtier

pourrait, à l'aide de ce prétexte, faire réellement le commerce pour son propre compte, sous le couvert d'une personne interposée. Mais cette simulation est impossible lorsque la garantie de la solvabilité s'applique à une généralité d'acheteur; la découverte de l'interposition de personnes et sa preuve feraient condamner le courtier, non pas pour avoir garanti la solvabilité de l'acheteur, mais pour avoir réalisé lui-même indirectement ce que la loi lui interdit de faire directement.

716. — Quel est le caractère de la violation des articles 85 et 86 du Code de commerce? L'acte du courtier constitue-t-il une infraction disciplinaire? Est-il un délit spécial? C'est surtout au point de vue de la prescription que la solution de cette difficulté est utile.

Dans une affaire portée à la chambre du conseil de Toulon, on a prétendu que l'acte du courtier était surtout une infraction disciplinaire passible même des peines de l'article 87; qu'en conséquence sa découverte autorisait les poursuites, quelle que fût l'époque à laquelle l'acte remonterait.

Cette doctrine nous paraît inadmissible. Elle est en contradiction avec les termes de l'article 87 lui-même.

La discipline, dit le *Dictionnaire général* de Dalloz, est un pouvoir de police intérieure et de surveillance, établi pour maintenir dans les corps ou compagnies l'exacte observation des devoirs que leur imposent les lois de leur institution. Il y aura donc fait purement disciplinaire toutes les fois qu'il y aura eu infraction à

cette police intérieure, et lorsqu'il s'agira d'une atteinte portée à la dignité du corps ou de la compagnie.

Mais le fait disciplinaire peut revêtir des proportions plus amples, il peut blesser les droits des tiers ou violer des prescriptions d'ordre public. Dans ce cas, l'action disciplinaire qui, d'après M. Dalloz, s'exerce souvent sur des faits non définis à l'avance, mais dont l'appréciation est laissée à un pouvoir discrétionnaire, est indépendante de l'action publique et de celle de la partie lésée.

Ainsi le même fait peut donner naissance à trois actions : l'action disciplinaire, l'action du ministère public, l'action civile, en réparation du dommage. Chacune de ces actions a une juridiction qui lui est propre. En général, l'action purement disciplinaire, surtout en ce qui concerne les officiers ministériels ou publics, est déférée aux tribunaux civils.

Or l'article 87 confie la répression des actes indiqués par les deux articles précédents aux tribunaux correctionnels. Cette première dérogation au droit commun, en matière disciplinaire, établit déjà qu'il s'agit d'autres choses que d'un fait purement disciplinaire.

Ce qui le prouve mieux encore, c'est la pénalité. La destitution est le dernier échelon des mesures disciplinaires lorsqu'elle est prononcée par le pouvoir ordinairement investi. Ici elle n'est plus qu'une peine, puisqu'elle est à ce titre prononcée par les tribunaux correctionnels. De plus l'amende que M. Pardessus apelle à juste titre *correctionnelle* [1] et qui doit être simultané-

[1] T. I, n° 74.

ment prononcée, achève de fixer le véritable caractère de l'acte que la compétence de la justice correctionnelle ferait à elle seule supposer.

Ainsi la violation des articles 85 et 86 constitue un véritable délit, c'est ce qu'enseigne notamment M. Mollot, en parlant des actions pénales pour usurpation ou contravention.

« Les unes sont dirigées, dans l'intérêt des agents de change, contre ceux qui s'immiscent dans leurs fonctions ; les autres le sont contre les agents de change eux-mêmes pour violation des lois et règlements, toutes sont portées devant le tribunal correctionnel, parce qu'elles ont pour objet la répression d'un délit. [1] »

Le fait ainsi qualifié, il en résulte qu'aux termes de l'article 637 du Code d'instruction criminelle, la poursuite du ministère public se prescrit par trois ans. L'action ultérieurement intentée devrait donc être déclarée irrecevable.

717. — L'article 42 du Code de commerce prescrit la publication des actes de société. L'absence de cette formalité est considérée comme une fraude dont les résultats diffèrent selon qu'il s'agit des associés entre eux, des créanciers sociaux ou des créanciers particuliers de chaque associé.

718. — Par rapport aux associés, l'absence de publication annule la société. Cette nullité peut être de-

[1] Des *Bourses de Commerce*, chap. IV, titre 2, n° 459.

mandée à toutes les époques, mais ses effets ne concernent que l'avenir, les affaires traitées jusque là sont liquidées, et la répartition des bénéfices ou pertes opérée dans les proportions indiquées par le pacte social, liant les associés jusqu'au moment où la nullité est acquise.

719. — Par rapport aux créanciers sociaux, le défaut de publication ne saurait leur être opposé. La raison en est simple, la loi ne pouvait rendre les tiers responsables pour n'avoir pas fait ce qu'ils ont été dans l'impuissance de faire. L'omission, justement reprochable aux parties signataires de l'acte, ne saurait, dans aucun cas, atteindre ceux qui, demeurés étrangers à cet acte, restaient nécessairement étrangers aux formalités qui devaient le suivre.

Cette position des tiers amène à cette conséquence : que les stipulations de l'acte non publié ne peuvent leur être opposées. Ainsi, la solidarité étant de droit commun entre associés en nom collectif, chaque associé serait tenu sur tous ses biens de l'intégralité de la dette, quelles que fussent les dérogations renfermées au pacte social. En effet, les associés peuvent stipuler des dérogations au droit commun, mais la loi ne consacre ces stipulations que lorsque les tiers ont été mis en demeure de les connaître par la publicité qu'elles reçoivent de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 42 du Code de commerce ; à défaut de cet accomplissement, ces dérogations ne sont plus considérées que

comme une fraude contre les tiers et absolument nulles par rapport à eux.

Une seconde conséquence du défaut de publicité, c'est de conférer aux tiers le droit de prouver, même par témoins, l'existence de la société avec laquelle ils ont traité. L'exigence d'une preuve écrite ne concerne que les associés, car seuls ils sont dans le cas de se la procurer. Dès l'instant qu'une société s'annonce au public par des actes formels, par l'emploi d'une raison sociale, les tiers ne sont pas même obligés d'en demander la preuve ou de s'informer si elle a été ou non régulièrement établie. Ils agiraient sans doute beaucoup plus prudemment s'ils prenaient ces informations, qui ne sont pas, d'ailleurs, toujours faciles. Mais le seul danger auquel ils s'exposent en ne les prenant pas, c'est la chance de ne pas prouver la société. Les déclarer non-recevables à faire cette preuve, ce serait porter une atteinte grave à la bonne foi et à la confiance, sans lesquelles il n'y a pas de commerce possible; donner une prime à la cupidité et à la fraude, puisque les associés pourraient, en célant leur acte social, se soustraire à leurs engagements. Une pareille immoralité ne pouvait trouver place dans la loi.

Ainsi, la position des créanciers vis-à-vis des associés est aussi nette que possible. Il suffit que la société ait existé de fait, pour qu'ils soient en droit d'en revendiquer contre ces derniers les effets tels qu'ils résultent du droit commun. Ils peuvent, de plus, en cas de dénégation de l'existence de la société, la prouver par té-

moins et, dès-lors, par des présomptions graves, précises et concordantes.

720 — Mais il n'en est pas de même des créanciers sociaux à l'endroit des créanciers particuliers de chaque associé. On sait que l'actif social est affecté par privilége aux premiers et que les seconds ne sont payés qu'en cas d'excédent et seulement sur la part et portion de leur débiteur. Celui-là donc qui, débiteur actuel, contracte une société, en nom collectif surtout, enlève à ses créanciers le gage de leur créance, qu'il affecte par privilége à ceux qui traiteront plus tard avec la société.

Un pareil résultat serait une monstruosité s'il pouvait être atteint sans que ceux qu'il tend à dépouiller eussent été mis à même de l'empêcher. Or, cette mise en demeure ne peut résulter que de la publication de la société. Ainsi avertis du danger qui les menace, les créanciers personnels des associés futurs pourront faire procéder à la liquidation et prendre toutes les mesures qu'ils croiront nécessaires à la conservation de leurs droits.

Conséquemment, si l'acte de société n'a reçu aucune publicité, si aucune des formalités voulues par la loi n'a été remplie, la société est nulle comme étant faite en fraude des créanciers, et l'effet de cette nullité est de laisser intacts les droits que la société avait pour but de détruire.

Cela n'a jamais été douteux des créanciers personnels aux associés. Le défaut de publication, imputable à cha-

cun de ces associés, les rend non-recevables à en repousser les conséquences. Mais on s'est fait plus de difficultés lorsque les créanciers personnels se trouvent en présence des créanciers sociaux.

On a dit, dans l'intérêt de ceux-ci, que la nullité ne produit pas d'effet rétroactif, qu'elle n'efface pas le passé pendant lequel ont pu être faits des actes de bonne foi ; que la disposition de l'article 42 du Code de commerce a été dictée par cette considération que la foi publique ne pouvait point être trompée et qu'on ne pouvait point enlever aux tiers, qui s'étaient confiés en l'apparence, les garanties qu'ils avaient espérées ; qu'admettre que si le défaut de publicité ne peut être opposé par les associés, il le peut être par leurs créanciers personnels, c'est retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre. C'est, contre le texte même de l'article 42, faire prévaloir la forme sur le fond, l'écrit et les formalités de publication sur le contrat dont ils ne sont que l'accessoire.

Sans doute entre associés la nullité n'affecte que l'avenir, surtout par cette considération que l'associé, en ne réclamant pas, a légalement consenti à tout ce qui s'est fait. Conséquemment, et lorsque plus tard il change d'avis et poursuit la nullité, ce changement ne prouve pas qu'il n'ait pas volontairement accepté le passé. Tout ce qui s'en induit, c'est qu'il ne consent plus pour l'avenir ; il est donc rationnel de ne pas confondre ce passé et cet avenir ; de laisser le premier produire tous ses effets sous l'empire de ce consentement dont l'existence tacite est au moins incontestable.

Il y a donc eu, dans cette hypothèse, une société de fait, dont la liquidation profite ou nuit à toutes les parties intéressées, surtout à celles qui ont toléré et encouragé ce qu'elles pouvaient empêcher.

Or telle n'est pas incontestablement la position des créanciers personnels de l'associé; étrangers à l'acte de société, ils n'ont pu s'opposer à ce qu'il fût consenti, ni surtout veiller à leurs intérêts. Ils sont légalement présumés en ignorer l'existence, ils ne peuvent être tenus de l'attaquer qu'à l'instant où, en le leur opposant, on prétend en profiter à leur détriment. Mais qu'elle serait l'importance de ce droit qu'on ne leur conteste pas, si la nullité, qu'ils ont la faculté de demander, laissait le passé en dehors de toute atteinte, c'est-à-dire consommait la spoliation?

Par la force des choses mêmes, la nullité que le créancier personnel fait prononcer remonte donc à l'origine de l'acte de société. Ce n'est que de cette manière que son action aura pour lui des effets utiles. Si le passé était maintenu, si le privilége des créanciers sociaux demeurait acquis par le fait de l'association, on arriverait à ce résultat que l'action du créancier, ne pouvant être exercée qu'après la société, s'ouvrirait juste au moment où le mal, qu'elle a pour objet d'empêcher, serait consommé.

D'ailleurs entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels, qui sont les uns et les autres de véritables tiers, il n'y a pas à hésiter. Les premiers ont pu vérifier la condition légale de leur débiteur, et s'ils s'en sont fiés à l'apparence, ils ont imprudemment agi. Que

cette imprudence ne soit jamais un titre pour les associés on le comprend, mais les tiers ont le droit de s'en prévaloir. Les seconds, au contraire, sont au-dessus de tout reproche, ils ne pouvaient en effet ni prévoir, ni empêcher que leur débiteur contractât une société. Il est donc juste que, par rapport à eux, cette société devant les dépouiller soit revêtue de toutes les formes prescrites par la loi. En effet, la publicité donnée à celle-ci eût suffi pour éveiller leur attention et les mettre à même de parer à la spoliation les menaçant. Consommer cette spoliation, lorsqu'ils n'ont pas même été avertis, ce serait consacrer une iniquité et encourager la fraude.

Nul doute en effet qu'une société clandestine ne doive être considérée comme faite en fraude des créanciers personnels des associés. Le droit de ces créanciers à la faire annuler se puise donc dans l'article 1167. Il n'est donc pas exact de dire que, consacrer ce droit, c'est retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre; dans son exercice, les créanciers n'étant nullement l'ayant-cause de son débiteur.

L'évidente justice de la solution que nous indiquons a été consacrée par la doctrine et la jurisprudence.[1] Elle est aujourd'hui hors de toute contestation.

721. — De nombreux exemples de fraude présumée nous sont offerts par la loi sur les faillites. Événement capital dans la vie commerciale, la faillite place le né-

[1] Merlin, *Quest. de Droit*, v° *société*, § 2; — Troplong, art. 1862, n°s 857 et suiv.; — Delangle, sur l'art. 42, n° 517; — Cass., 13 fév. 1821, et autres arrêts cités par ces auteurs.

gociant dans une position exceptionnelle, et l'expose à toutes les exigences soit de son propre intérêt, soit de celui de certains créanciers désireux de se soustraire au naufrage.

Cette position appelait l'intervention énergique de la loi. Il importait dans tous les cas d'assurer la dépossession entière du failli, l'égalité absolue entre les créanciers. Tout acte, tendant à éluder l'une ou l'autre, constitue donc une fraude punissable tantôt par la voie correctionnelle ou criminelle, tantôt par la juridiction civile seulement.

Nous n'avons pas à nous occuper de la banqueroute, nous nous bornerons donc à dire quelques mots de la fraude purement civile.

C'est surtout aux approches de la faillite que cette fraude surgit. Les actes faits depuis la cessation des paiements ou dans un temps voisin en fourniront quelquefois de nombreux exemples.

722. — D'après notre Code de commerce ancien, le désinvestissement du failli remontant de plein droit au jour de la cessation des paiements, tous les actes faits depuis cette cessation ou dans les dix jours qui l'avaient précédée étaient présumés frauduleux. Mais cette présomption n'allait pas jusqu'à exclure la preuve contraire.

La loi de 1838 a déserté ce système. Le désinvestissement du failli ne date plus que du jour du jugement déclaratif; jusque là donc le failli a joui de tous ses droits, pu exercer ses actions et continué légalement l'administration de ses affaires. Mais cette capacité n'est respec-

tée qu'autant que ses effets auront tourné à l'intérêt général des ayant-droit; qu'autant surtout que le failli n'en aura pas abusé, soit dans son intérêt ou celui de ses proches, soit en faveur de quelques créanciers, au détriment de la masse.

De là une première distinction. Les actes faits par le failli seront antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif. Ces derniers sont de plein droit présumés frauduleux et comme tels annulés, quelle que soit la bonne foi de ceux qui ont contracté avec lui.

723. — On distingue ensuite, pour les actes antérieurs, ceux qui ont précédé de plus de dix jours la cessation réelle des paiements, de ceux qui ont été faits depuis ou dans les dix jours. Les premiers sont présumés sérieux et sincères, ils doivent, en conséquence, produire tous leurs effets, sauf la faculté pour les créanciers de les attaquer comme ayant été faits en fraude de leurs droits, ce qu'ils sont tenus de prouver en la forme ordinaire.

724. — Les actes faits dans les dix jours de la cessation ou depuis sont présumés frauduleux. Mais l'effet de cette présomption se renferme dans les hypothèses formellement énoncées dans l'article 446 du Code de commerce.

Ainsi sont de plein droit présumés frauduleux, tous actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière à titre gratuit;

Tous paiements, soit en espèces, soit par transport,

vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues; et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce;

Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées.

La nature de ces actes en indique suffisamment le caractère. Elle prouve chez le failli la volonté de diminuer ou d'anéantir son actif au préjudice de la masse, tout au moins le désir de blesser l'égalité devant régner entre les créanciers; chez ceux qui ont traité avec lui, la volonté de se soustraire à un danger dont ils connaissent et apprécient l'imminence. C'est du moins ainsi que le législateur l'a admis, puisqu'il prononce la nullité absolue de tous ces actes.

Il y a également fraude présumée dans le fait du créancier qui, ayant obtenu une hypothèque valable, n'en a requis l'inscription que plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif. La discussion législative de l'article 448 nous apprend qu'on a voulu atteindre par sa disposition un abus contre lequel le commerce n'avait pas cessé de réclamer. Un commerçant, obligé de conférer des hypothèques sur ses biens et voulant ne subir aucune atteinte dans son crédit, obtenait que l'hypothèque ne fût pas publiée, puis la déconfiture arrivant, des inscriptions nombreuses faisaient évanouir cet actif, sur l'apparence duquel cependant le public avait traité. C'est ce calcul que le législateur a voulu détruire en n'accordant qu'un délai fort court pour réaliser l'inscription des hypothèques valablement conférées, c'est

son existence qu'il présume dès que ce délai n'a pas été mis à profit.

Mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Le défaut d'inscription peut tenir à des obstacles réels, sérieux, à une force majeure que le créancier n'a pu ni prévoir ni empêcher. Dans chacune de ces hypothèses, il y aurait injustice à punir le créancier d'une faute qui n'est pas son fait. Dès-lors la preuve acquise de l'une d'elles ferait fléchir la rigueur de la loi. C'est dans ce sens que l'article 448 se borne à dire que l'inscription prise après la quinzaine, augmentée du délai des distances, *pourra être annulée.*[1]

—

SECTION II. — PREUVE DE LA FRAUDE NON PRÉSUMÉE.

—

SOMMAIRE.

725. Excellence de la preuve littérale.
726. Par quels éléments doit-on décider la question de la recevabilité de la preuve testimoniale.
727. Exceptions au principe de l'article 1341 du Code civil.

[1] V. au surplus notre *Commentaire sur la loi des faillites*, art. 446 et suiv.



725. — Hors les cas exceptionnels que nous venons de parcourir, la fraude n'est jamais présumée. Son existence doit être prouvée par celui qui l'allègue.

La preuve littérale est certainement la plus efficace, la plus décisive de toutes les preuves. Mais, il faut bien le reconnaître, elle n'existera que dans des cas exceptionnels et fort rares. Telle n'est pas, en effet, l'allure habituelle de la fraude ; elle se garde bien de laisser après elle des traces rendant sa découverte évidente et sa répression certaine.

726. — Le plus souvent donc c'est à la preuve testimoniale qu'on sera obligé de demander et cette existence, et cette répression. Il convient, dès-lors, de rechercher dans quels cas et à quelles conditions ce mode de preuve pourra et devra être admis.

Cette recherche reconnaît pour bases essentielles les dispositions combinées des articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil. Le premier renferme la prohibition formelle de la preuve orale lorsqu'il s'agit d'un intérêt supérieur à 150 francs. Nous avons déjà donné l'histo-

rique de cette disposition ; nous n'avons donc, quant à ce, qu'à nous en référer à nos précédentes observations. [1]

727. — Mais cette prohibition reçoit exception, notamment lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ou lorsque le poursuivant a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite.

728. — Dans cette dernière catégorie se placent naturellement ceux qui se prétendent victimes d'une fraude accomplie contre eux sans leur participation et sans leur concours. Une fraude de ce genre est un véritable dol. La preuve testimoniale, toujours admissible pour celui-ci, le sera également pour celle-là, que nous avons déjà dit s'appeler fraude *de re ad rem*. [2] Il est, en effet, évident que celui qui n'a connu la fraude que par le préjudice qu'il en éprouve, a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite, et se place conséquemment dans l'exception consacrée par l'article 1348.

729. — Il n'en est pas de même de la fraude *de persona ad personam*, c'est-à-dire de la simulation concertée entre les parties à l'effet de nuire et de préjudicier aux droits des tiers. Ici il faut distinguer entre ces tiers et les parties elles-mêmes.

L'article 1167 tranche la question à l'égard des pre-

[1] *Vid. supra*, nos 239 et suiv.
[2] *Vid. supra*, no 642.

miers en les autorisant à attaquer directement l'acte frauduleux. La conséquence de cette action directe est l'admissibilité de la preuve testimoniale, sans laquelle cette action ne saurait aboutir, ce qui serait absurde. En effet, qui veut la fin veut les moyens ; refuser ceux-ci serait d'autant plus injuste dans la circonstance, qu'étrangers à l'acte, les tiers exposés à le subir ne pouvaient même le prévoir ; qu'on ne s'aurait donc équitablement leur reprocher l'absence d'une preuve écrite qu'ils n'ont jamais été dans le cas de se procurer.

Mais telle n'est pas évidemment la position des contractants. Leur présence forcée à l'acte, leur concert frauduleux les a mis à même de se procurer la preuve écrite du véritable caractère de leurs accords. Sans doute l'intention d'assurer le succès de la fraude est exclusive de l'idée d'insérer dans l'acte la constatation de cette fraude ; mais ce qui ne pouvait s'accomplir de cette manière, pouvait l'être par une contre-lettre séparée et distincte. Ce devoir, imposé par la loi, était conseillé par la prudence. La partie qui a négligé de le remplir a d'autant plus de tort, qu'il lui était facile de prévoir que celui qui ne recule pas devant l'indélicatesse de s'associer à une fraude contre un tiers, pourrait être assez déloyal pour tenter de s'en appliquer personnellement le bénéfice.

Donc, le complice de la fraude ne pourra invoquer la preuve testimoniale non-seulement contre les tiers, mais encore contre son complice. Sa prétention, à cet égard, serait invinciblement repoussée en force de la

maxime *nemo auditur*, etc... Mais, comme nous l'avons déjà dit, [1] cette solution n'est rationnellement admissible que dans l'hypothèse où le porteur du titre, se retranchant derrière sa teneur, en soutient la complète sincérité. Si, désertant ses énonciations, il est obligé de puiser les preuves de la réalité de l'obligation ailleurs que dans le titre même, le demandeur devrait être admis à discuter ces preuves et à les détruire même par la preuve orale. L'aveu de l'insuffisance du titre, rendant la simulation vraisemblable, serait justement invoqué comme un commencement de preuve par écrit, constituant, aux termes de l'article 1347, une exception à la prohibition de la preuve testimoniale.

730. — De tous temps, en effet, le commencement de preuve a produit ce résultat. C'est ce qu'avaient formellement reconnu les ordonnances de 1566 et 1667. Il est vrai que la première ne désignait pas nommément le commencement de preuve, mais, à défaut du nom, elle renfermait évidemment la chose dans cette disposition : *N'entendant exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées.*

731. — Aucune de ces ordonnances n'avait toutefois défini le commencement de preuve. La doctrine, suppléant à ce silence, le faisait résulter de *tout acte ou écrit, d'où il ressort quelque preuve, quoique non suffi-*

[1] *Sup.*, n° 251.

sante : Ex qua nonnulla probatio elici potest. [1] L'appréciation de l'un et de l'autre, de leurs caractères, de leurs conséquences, était souverainement laissée à l'arbitrage des juges. [2]

Le Code civil a comblé la lacune de la législation précédente. L'article 1347, en déclarant le commencement de preuve exception à la prohibition de la preuve testimoniale, le définit : Tout écrit émané de la partie à qui on l'oppose ou de celui qu'elle représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. L'appréciation des tribunaux se trouve donc circonscrite aujourd'hui dans ces limites, en ce sens qu'après avoir déclaré que l'écrit émane de la partie ou de son auteur, qu'il rend le reproche vraisemblable, ils ne pourraient le récuser comme commencement de preuve.

732. — Mais l'article 1347 ne défend pas d'admettre tout autre document, c'est-à-dire que la règle qu'il pose est susceptible de recevoir des exceptions. Ces exceptions sont consacrées les unes par la loi, les autres par la jurisprudence.

733. — La première exception légale concerne les registres et livres des marchands. En règle ordinaire, ces livres ne peuvent faire foi contre les tiers ; était-il juste cependant de leur refuser toute autorité, même celle de créer un commencement de preuve.

[1] Boiceau, l. 2, chap. 1, nos 3 et 4 ;— Jousse, sur l'art. 3, tit. 20 ;— Ord. de 1667.

[2] Cass., 9 février 1801, 16 août 1831.

En présence des termes formels de l'article 1347, cette question n'en était pas une. Évidemment les livres du marchand ne sont pas émanés de la partie à qui ce marchand les oppose. Ils manquent donc d'une des conditions essentielles exigées par notre article.

Mais le commerce vit de crédit, et il n'est pas dans ses usages, surtout pour les ventes à la consommation, d'exiger une reconnaissance écrite, dont la souscription d'ailleurs serait dans bien de cas impossible, tous les consommateurs ne sachant pas lire ou écrire. La fortune du marchand serait donc à la merci de ses pratiques, s'il suffisait d'une dénégation pour être à tout jamais libéré.

Ce résultat inique avait touché notre ancien droit et l'avait déterminé à se relâcher de la rigueur du principe suivant lequel nul ne peut se créer un titre à soi-même. En conséquence, adoptant la règle tracée par la loi 6, Code *de probatione*, à l'endroit des registres domestiques, nos anciens jurisconsultes, et notamment l'illustre Dumoulin, admettaient que les livres des marchands ne pouvaient suffire seuls pour faire condamner les tiers, mais qu'appuyés par d'autres présomptions, ils devaient être considérés comme un commencement de preuve, autorisant le juge à déférer le serment supplétoire.

734. — Cette doctrine, recommandable sous tous les rapports, a été consacrée par le Code. La faculté de déférer le serment supplétoire est formellement inscrite dans l'article 1329. Or, aux termes de l'article 1367, cette faculté n'existe qu'aux conditions suivantes :

1° que la demande ne soit pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas entièrement dénuée de preuve. De la combinaison de ces deux articles, il résulte qu'à son tour la législation qui nous régit n'admet pas que les livres soient considérés comme un titre suffisant et légitime : *Solas sufficere non posse.* Mais elle voit dans leur existence une présomption assez grave pour faire naître le doute, créer une vraisemblance qu'il convient de creuser, et rendre admissible la preuve testimoniale. Notons bien, en effet, que le serment supplétoire ne peut être ordonné que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable.[1] Dire qu'on peut déférer celui-ci, c'est par cela même déclarer qu'on peut recourir à celle-là. Autrement il serait vrai que, pouvant le plus, le juge ne pourrait pas le moins.

Donc les livres des marchands peuvent créer en leur faveur un commencement de preuve, à condition toutefois, comme le disait Dumoulin, que d'autres présomptions viendront en corroborer l'autorité. Ces autres présomptions exigées par Dumoulin étaient en première ligne : la moralité du marchand et la régularité de ses livres; ensuite la modicité de la somme, la vraisemblance de la fourniture, sa proportionnalité avec la fortune et la dépense accoutumée du débiteur, l'habitude de celui-ci de prendre à crédit, etc.... Ce sont là en effet autant d'éléments qu'on ne pourrait refuser d'apprécier.

Notons cependant que déférer le serment supplétoire

[1] Cass., 2 mai 1810.

ou ordonner une preuve orale n'est jamais pour le juge qu'une pure faculté, dont il peut user ou non, suivant qu'il le juge utile ou convenable. Conséquemment le refus, qu'il en ferait dans telle ou telle circonstance, pourrait bien être réformé comme un mal jugé par la juridiction du second degré, mais il ne saurait dans aucun cas constituer une violation de la loi susceptible d'être censurée par la Cour de cassation.

735. — Voilà donc une hypothèse où le commencement de preuve se puise dans un écrit n'émanant ni de la partie, ni de son auteur. Nous allons en rencontrer d'autres dans les articles 1335 et 1336 du Code civil.

Le premier s'occupe des copies des titres; celles qui ont été tirées par l'autorité des magistrats, parties présentes ou dûment appelées, ou qui l'ont été en présence des parties, et de leur consentement réciproque, font foi entière de leur contenu.

Celles tirées sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par un de ses successeurs, ou par officiers publics dépositaires des minutes, *peuvent* faire foi quand elles sont anciennes, c'est-à-dire quand leur délivrance remonte au-delà de trente ans.

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

Enfin les copies tirées, sur la minute de l'acte, par tous autres que le notaire, ses successeurs, ou l'officier public dépositaire de la minute, ne pourront servir,

quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

D'autre part, l'article 1336 dispose que la transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que comme un commencement de preuve par écrit, pourvu cependant qu'elle réunisse les conditions exigées.

En réalité, l'acte public procède plutôt de son rédacteur que de la partie elle-même. Cependant l'acte, portant la signature de celle-ci ou la mention qu'elle n'a pu ou su signer, fait pleine foi en sa faveur ou contre elle; or une copie rendant l'existence de l'acte probable, malgré qu'on ne puisse plus le représenter, il n'était pas juste de s'arrêter à l'imperfection de cette copie, et de repousser toute investigation ultérieure. Le législateur a donc justement agi en refusant à la copie toute l'autorité que le titre offrirait, mais en lui faisant toutefois produire l'effet d'un commencement de preuve.

Dans leur exécution, les prescriptions des articles 1335 et 1336 présentent les mêmes caractères que celles de l'article 1329. Ainsi, en ce qui le concerne, l'indépendance du juge reste entière et il peut toujours, si la vraisemblance créée par la copie lui paraît dès maintenant détruite par des vraisemblances contraires, refuser de prolonger un litige pouvant immédiatement recevoir une solution définitive.

736. — Ainsi la loi assimile, dans les articles 1335 et 1336, à l'écrit émané de la partie, l'acte susceptible de faire foi contre elle. Ce principe, fondé sur la règle

que l'article 1347 n'est que démonstratif, a reçu en jurisprudence des notables développements.

On a fait résulter le commencement de preuve par écrit : 1° de l'interrogatoire sur faits et articles ; 2° des aveux judiciaires ou extrajudiciaires; 3° des déclarations contradictoires fournies à l'audience ; 4° du refus de comparaître et de l'obscurité calculée des réponses.

737. — 1° Interrogatoire sur faits et articles.

En la forme, l'interrogatoire est un acte public et authentique. Il est reçu par un magistrat, signé par la partie ou mentionnant qu'elle n'a su, n'a pu ou n'a pas voulu signer. Il est donc à l'instar d'un acte notarié et il doit conséquemment faire foi de ce qu'il contient. On n'hésiterait certes pas à le reconnaître si l'interrogé convenait formellement du reproche allégué par son adversaire, pourquoi en serait-il autrement si, tout en le contestant, le premier laisse échapper des déclarations rendant ce reproche vraisemblable? La seule différence possible c'est que, dans le premier cas, il y aurait lieu à condamnation, et que, dans le second, cette condamnation sera subordonnée à la preuve que la vraisemblance du reproche fera admettre.

C'est au reste dans ce sens que la doctrine et la jurisprudence paraissent se fixer. La controverse qui s'était d'abord prononcée s'efface et disparaît devant la doctrine définitivement admise par la Cour de cassation.

738. — 2° Aveu de la partie.

Si l'interrogatoire sur faits et articles, si les déclara-

tions faites à l'audience prennent le caractère d'un commencement de preuve par écrit, c'est en force des aveux qui y sont constatés. Dès-lors on ne saurait refuser à l'aveu émané spontanément de la partie l'effet attribué à l'aveu provoqué par une de ces mesures.

Conséquemment, de quelque manière que l'aveu se produise, il y aura lieu savoir : à condamnation, s'il porte sur le fond même du droit ; à la recevabilité de la preuve testimoniale, si, portant sur des circonstances accessoires, il rend vraisemblable le fait allégué.

Il n'est pas même nécessaire que l'aveu se soit produit dans l'instance engagée. On pourrait, dans l'un de ces objets, invoquer utilement celui que le défendeur actuel aurait fait dans une instance précédente.[1]

739. — 3° Déclarations contradictoirement fournies à l'audience.

Ces déclarations constituent de véritables aveux. Comme tels, elles doivent être considérées comme constituant le commencement de preuve, si elles rendent vraisemblable le reproche allégué.[2] Mais ce qu'il importe de retenir, c'est que ces explications, purement verbales, pourraient être facilement déniées soit à une audience subséquente, soit devant le degré supérieur de juridiction ; conséquemment la partie intéressée à les invoquer plus tard doit les faire constater en requérant immédiatement acte des termes dans lesquels elles

[1] Cass., 27 avril 1840 ; — D. P. 40, 1, 212.
[2] Cass., 10 juillet 1838 ; — D. P. 38, 1, 348.

se sont produites. L'absence de cette formalité ne permettrait pas au tribunal qui les a reçues de les admettre comme commencement de preuve; dans tous les cas, l'autorité supérieure ne pourrait les accepter comme telles, alors même que les qualités du jugement, non frappées d'opposition, les mentionneraient par demandes et par réponses.[1]

740. — Une observation commune à tous les genres d'aveux, de quelque manière qu'ils se soient produits, c'est que, dans la recherche de la vraisemblance devant autoriser l'admissibilité de la preuve orale, l'appréciation du juge n'obéit à aucune loi, ne reconnaît aucune limite. De là il suit qu'on ne saurait l'astreindre à obéir à l'indivisibilité que la loi a, dans les cas ordinaires, imprimée à l'aveu.[2] Il suffit, en effet, que sa conscience trouve dans l'aveu la probabilité voulue par la loi, pour qu'il ait la faculté, disons mieux, le devoir d'en déclarer l'existence et d'en déduire les effets.

741. — La divisibilité de l'aveu est donc livrée à la prudence du juge. Mais cette règle reçoit une exception formelle lorsqu'il s'agit de l'existence d'un dépôt excédant 150 francs et dont il n'existe aucune preuve écrite. Les motifs de cette exception se puisent dans cette considération : qu'en cette matière, la loi ne se

[1] Montpellier, 5 juin 1839 : — D. P. 40, 2, 66.
[2] Cass., 6 avril 1836 ;—2 juin 1837 ;—19 juin 1839;—18 mai 1840 ; — Toulouse, 16 janvier 1841 ;—J. D. P. 1840, tom. I, pag. 500, tom. II, pag. 594 ; — 1841, tom. I, pag. 411

borne pas à s'en référer au principe général de l'indivisibilité de l'aveu ; l'article 1924 en spécialise de plus les effets en déclarant que dans ce cas le dépositaire doit en être cru soit sur le fait du dépôt, soit sur la chose qui en fait l'objet, soit sur le fait de la restitution. Dès-lors isoler le fait du dépôt des déclarations relatives à sa quotité ou à la restitution, et puiser dans l'aveu ainsi isolé un commencement de preuve pour arriver à permettre la preuve par témoins soit de son importance, soit du défaut de restitution, c'est violer ouvertement les prescriptions de l'article 1924.

Il y a plus, l'aveu de n'avoir reçu que tels objets ne rend nullement vraisemblable le fait allégué que le dépôt comprendrait des objets plus considérables. La Cour de Bordeaux, dans une espèce où il s'agissait d'un dépôt de titres, faisait, avec raison, remarquer qu'il était peu logique de conclure qu'un officier ministériel avait reçu dix-sept titres de créance, parce qu'il avouait de bonne foi en avoir reçu cinq. Une pareille argumentation, dit l'arrêt, pourrait avoir des conséquences effrayantes.

La Cour réforme donc le jugement qui avait admis le contraire, et son arrêt, déféré à la Cour de cassation, fut maintenu par décision du 6 novembre 1838. [1]

Déjà la Cour régulatrice s'était prononcée pour l'indivisibilité par arrêt du 26 septembre 1823. On peut donc considérer, comme un principe désormais acquis, que l'aveu du dépôt excédant 150 francs ne peut être isolé et fonder un commencement de preuve autorisant la

[1] J. D. P. 1838, tom. II, p. 608.

preuve orale de la fausseté de la déclaration soit sur la quotité des objets déposés, soit sur le fait de la restitution.

742. — 4° Refus de comparaître, refus de répondre, obscurité volontaire des réponses.

Les ordres de la justice doivent être respectés et obéis. Celui qui prétend ne faire ni l'un ni l'autre mérite toute la sévérité des tribunaux.

L'article 330 du Code de procédure édicte la peine applicable en pareil cas. Le refus de comparaître ou celui de répondre peut non-seulement être un commencement de preuve, mais encore faire accepter les faits comme avérés et motiver une condamnation immédiate. La Cour de Montpellier a fait de ce principe une application sévère en décidant que, sur l'appel du jugement tenant les faits pour avérés, le second degré de juridiction n'est pas tenu d'obtempérer à l'offre que fait l'appelant de subir l'interrogatoire qu'il a refusé de subir en première instance, et qu'il peut confirmer purement et simplement le jugement. [1]

Ce que l'article 330 dit du refus d'exécution du jugement ordonnant l'interrogatoire, s'applique au refus de comparaître à l'audience. Les motifs étant les mêmes, la solution doit être semblable.

Enfin, l'exécution voulue par la loi doit être une exécution franche, loyale et sincère. En conséquence, il est admis que l'ambiguïté, que l'obscurité volontaire et

[1] 24 novembre 1818.

calculée dans les réponses, équivaut au refus de répondre, non pas qu'on puisse tenir les faits pour avérés, mais en ce sens que les juges peuvent en faire résulter le commencement de preuve. [1]

Il résulte de ce qui précède que, quels que soient les termes de l'article 1347, sa disposition n'a rien de restrictif. Le législateur a, sous le nom d'écrits, compris tous les actes émanés de la partie et pouvant fournir contre elle la preuve des conventions en litige. « En effet, dit Toullier, l'article 1347 ne dit pas qu'on ne pourra considérer comme un commencement de preuve par écrit l'acte qui ne serait pas émané de celui à qui on l'oppose ou de son auteur; il dit seulement que les écrits émanés de l'un ou de l'autre sont des commencements de preuve, ce qui est bien différent. [2] »

743. — Rappelons, en terminant sur ce point, que ce que nous avons dit des aveux et déclarations recueillis devant les tribunaux reçoit son application aux instances ouvertes ou poursuivies devant les justices de paix. Les dires constatés soit dans un jugement, soit dans des procès-verbaux de constatations ou de recherches, de conciliation ou de non conciliation pourraient être ultérieurement invoqués à titre de commencement de preuve.

744. — Nous passons maintenant aux écrits de la

[1] Cass., 11 janvier 1827, 19 juin 1839; — D. P., 39, 1, 287.
[2] Tom. IX, p. 105, n[os] 169 et suiv.



partie ou de son auteur. Ce qu'il faut d'abord retenir en ce qui les concerne, c'est que l'article 1347 se contente d'exiger qu'ils soient *émanés* de l'une ou de l'autre. Cette expression indique que le législateur ne s'est nullement préoccupé de la perfectibilité de l'acte dont on excipera. Il est même certain qu'il n'a en vue que ceux ne pouvant par eux-mêmes créer un titre régulier. Dans le cas contraire, en effet, le titre se suffisant à lui-même, il ne pouvait s'agir de la question de savoir s'il pouvait constituer ou non le commencement de preuve.

745. — Il faut ensuite remarquer qu'il n'y a réellement d'écrits émanés de qui que ce soit, que lorsque l'écriture ou la signature est reconnue par celui qu'on en soutient l'auteur. En cas de dénégation, on ne saurait rien inférer tant que la vérification demandée ou ordonnée n'aurait pas détruit cette dénégation.

746. — L'écrit reconnu se placera nécessairement dans une des catégories suivantes :

1° Écrits non signés par la partie ou qui n'étaient pas destinés à l'être ;

2° Écrits irréguliers comme ne remplissant pas les conditions exigées pour leur validité ;

3° Écrits nuls pour incompétence du fonctionnaire qui l'a reçu ou pour vices de forme ;

4° Écrits ne constituant pas un titre par eux-mêmes, mais rendant vraisemblable le fait allégué.

747. — Dans la première catégorie, se placent les

livres des marchands, les registres ou papiers domestiques de la partie ou de son auteur; les uns et les autres sont, en effet, l'œuvre de celui qui les a tenus, quand bien même un tiers les eût écrits sous leur direction, ce qui se réalise souvent pour les livres de commerce.

La vraisemblance du fait allégué, puisée dans ces documents, doit donc constituer le commencement de preuve, tel qu'il est exigé par l'article 1347 contre leur auteur ou ses représentants.

748. — Ici se présente une difficulté. L'article 1330 défend de diviser les mentions des livres qu'on invoque. Celui qui prétend en tirer avantage doit les accepter dans leur entier, sans pouvoir répudier ce qu'ils ont de contraire à sa prétention. Par une parité de raisons incontestables, on doit admettre la même doctrine à l'endroit des registres et papiers domestiques. Cette indivisibilité devra-t-elle s'entendre d'une manière tellement absolue, qu'elle ne permet pas, en cas d'allégations contradictoires, de tirer des uns et des autres un commencement de preuve par écrit?

Nous venons de voir la Cour de cassation proclamer la divisibilité de l'aveu, malgré le texte formel de l'article 1356. Or, l'article 1330 ne fait que répéter pour les livres la règle que l'article 1356 appliquera plus tard à l'aveu. Dès-lors, si celui-ci est inapplicable, lorsqu'il s'agit de la recherche d'un commencement de preuve, quel motif aurait-on de décider le contraire pour celui-là ?

Nous admettons donc, à l'égard des livres, la distinction que la Cour de cassation fait en matière d'aveu. Lorsque le demandeur sera dans l'impuissance de justifier sa prétention par une preuve quelconque, qu'il n'aura recours qu'aux livres seuls de son adversaire, il sera obligé de les accepter dans son ensemble. Si ces livres, mentionnant l'obligation, en mentionnent également l'extinction, sa demande sera repoussée. D'abord, parce que, tenu de la justifier, il n'a pas suffisamment rempli son devoir dès qu'il ne peut offrir à la justice qu'un document qui se contredit et qui laisse au moins la vérité dans le plus grand doute ; ensuite, qu'en demandant foi et créance pour les livres, en ce qui concerne les allégations qui lui sont avantageuses, il leur confère une autorité morale rejaillissant sur l'ensemble et qui doit nécessairement empêcher le juge de se prononcer pour les unes plutôt que pour les autres.

Mais lorsque, armé d'une preuve décisive, le demandeur ne s'en réfère aux livres que pour y puiser la vraisemblance rendant sa preuve admissible, c'est nécessairement à d'autres idées qu'il faut recourir. Alors, en effet, il ne faut qu'un écrit émané de la partie, et le livre invoqué offre évidemment ce caractère. Alors, le juge n'a plus à prendre un parti définitif, il a seulement à rechercher le plus ou moins de vraisemblance des deux allégations. Or, la loi ne traçant à cette recherche aucun mode obligatoire, ne lui imposant aucun élément, le juge est parfaitement libre de se créer une conviction dont il ne doit même aucun compte. Comment, au surplus, oublierait-il que l'obligation est con-

venue par le débiteur lui-même, tandis que son extinction, contestée par le créancier, ne résulte que d'un fait personnel au débiteur et que le premier n'a jamais pu empêcher.

La preuve testimoniale peut donc être ordonnée à l'effet de dissiper le doute que les livres font naître. Mais si cette preuve n'a rien de décisif, si le vague des dépositions vient replacer le juge en présence des énonciations contradictoires des livres, le principe de leur indivisibilité reprendra son empire et la demande sera repoussée.

749. — La seconde catégorie comprend essentiellement les titres faits contrairement aux dispositions des articles 1325 et 1326, c'est-à-dire l'acte non fait ou ne mentionnant pas qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts, et l'acte non écrit de la main du débiteur, ou dont la signature n'est pas précédée d'un bon ou approuvé écrit par lui.

750. — L'ancienne jurisprudence était fort sévère à l'endroit des premiers. Le parlement de Paris leur refusait tout effet quelconque. Il considerait leur nullité comme tellement absolue, qu'il n'hésitait pas à la consacrer même dans le cas où l'acte avait reçu son exécution.

Cette doctrine était fortement blâmée par les jurisconsultes les plus éminents, comme confondant deux choses devant rester éternellement distinctes, à savoir : ce qui est de l'essence du contrat, ce qui forme le *vin-*

culum obligationis, et ce qui est relatif à la preuve du contrat. « Dès l'instant, dit Merlin,[1] que deux parties ont donné leur consentement, l'obligation est formée ; et, soit que l'on puisse la prouver ou non, elle n'en a pas moins la vertu intrinsèque de lier les contractants. En bonne logique, le défaut de preuve d'un acte, ne peut en emporter la nullité ; il n'en peut résulter qu'un empêchement de fait à son exécution, et si on parvient à réparer ce défaut, à lever cet empêchement par des preuves tirées d'ailleurs, pourquoi l'acte ne serait-il pas pleinement exécuté ? »

751. — C'était donc en présence des dispositions sévères de la jurisprudence, et les observations graves de la doctrine que se trouvait placé le législateur du Code. L'article 1325 nous indique son choix. En effet, cet article ne déclare pas l'acte nul, il se borne à le considérer comme non valable. Or, dire qu'un acte n'est pas valable, ce n'est pas reconnaître qu'il n'existe aucune obligation, c'est seulement proclamer que cette obligation n'est pas suffisamment prouvée. C'est ce que Toullier établit d'une manière victorieuse et sans réplique.[2]

752. — Donc l'acte n'est pas nul ; il est seulement insuffisant pour faire pleine preuve, pleine foi de la convention qu'il renferme. Cela posé, comment lui re-

[1] *Rep.*, v[is] *double écrit*, n° 7.
[2] T. VIII, n[os] 310 et suiv.

fuserait-on le caractère d'un commencement de preuve? Il est signé de la partie, il émane donc de celui à qui on l'oppose ou de son auteur. Il rend l'obligation très vraisemblable, car on ne signe pas quant on n'est obligé à rien. Or, l'article 1347 n'exige rien autre chose pour trouver le commencement de preuve.

753. — Cependant, l'opinion que l'acte non fait double peut constituer un commencement de preuve, n'est pas unanimement adoptée. Quelques auteurs, et parmi eux M. Duranton,[1] soutiennent la négative. Ils ne méconnaissent nullement les considérations que nous venons d'exposer; mais, disent-ils, le Code exige l'égalité de position et de moyens de preuve dans ceux qui forment des conventions obligatoires de part et d'autre, ce qui n'existe pas évidemment pour la partie qui n'a pas eu d'acte, ou qui est censée n'en avoir pas eu, si celui qui est produit par l'autre partie ne contient pas la mention du nombre d'originaux qui ont dû être faits.

Cette opinion méconnaît ouvertement le texte et l'esprit de l'article 1325, et ajoute à sa disposition une pénalité que le législateur a formellement repoussée. Nous venons de le dire, l'article 1325 ne dit qu'une seule chose, à savoir : que le titre fait contrairement à ses prescriptions n'est pas valable, c'est-à-dire qu'il ne fait pas par lui-même pleine foi de ce qu'il renferme. Il n'exclut donc pas la possibilité de le compléter par la

[1] T. XIII, n° 164.

preuve même testimoniale, ce qui le démontre, c'est que la nullité prononcée par l'ancienne jurisprudence n'a pas été adoptée. C'est pourtant à cette nullité absolue et radicale qu'on arrive dans l'opinion que nous combattons.

Le reproche de blesser l'égalité voulue par la loi nous touche peu. Nul ne peut se créer un titre de sa propre faute, et celui-là commet évidemment une faute grave, qui, malgré la disposition de l'article 1325, traite sans donner à la convention synallagmatique les formes qu'elle doit recevoir. Cette faute doit d'autant plus être prise en considération, que l'omission qui la constitue peut n'être que le résultat d'un calcul frauduleux. S'il est vrai, en effet, que la partie retenant la minute unique de l'acte a pu vouloir se ménager la faculté de demander l'exécution de la convention ou de la refuser, il peut se faire aussi que l'existence de cette minute unique ou le défaut de mention du nombre des originaux ne soit, de la part de l'autre partie, qu'un moyen calculé pour se soustraire à ses engagements s'ils venaient à être trop onéreux pour elle.

Cette perspective indique qu'il n'y a de réellement équitable que le parti adopté par le législateur. De cette manière chacune des parties supporte la peine de la faute qu'elle a commise : la première, par la nécessité où elle est placée de compléter le titre et de fournir une preuve qui ne sera pas toujours possible, et sans laquelle cependant le titre ne pourra sortir à effet ; la seconde, par la nécessité de subir cette preuve et de se soumettre à ses résultats.



En résumé, l'acte non fait double, ou ne mentionnant pas qu'il l'a été, réunit les conditions de l'article 1347. Il émane de la partie à qui on l'oppose; il rend le fait vraisemblable. D'autre part, l'article 1325 n'a pas prononcé la nullité du titre, il n'a donc nullement dérogé à la règle générale tracée par l'article 1347. Le juge peut donc admettre cet acte comme un commencement de preuve par écrit, et recevoir le porteur à prouver par témoins, soit que, contrairement à ce qui résulte du titre lui-même, on a réellement fait autant d'originaux qu'il y avait d'intérêts distincts, soit l'existence de l'obligation elle-même.[1]

754. — Ce qu'on décide dans le cas de l'article 1325 doit être décidé dans l'hypothèse de l'article 1326. Ainsi l'obligation non écrite par le souscripteur, qui ne renfermera pas le bon ou approuvé en toutes lettres de la somme ou des clauses y énoncées, ne fera pas par elle-même titre suffisant. Mais les tribunaux sont autorisés à l'admettre comme un commencement de preuve par écrit.

Cette solution, s'induisant comme la précédente des termes dont s'est servi le législateur, acquiert ici un nouveau degré d'évidence par la comparaison de l'article 1326 avec la législation précédente. On sait, en effet, que la déclaration de 1733 frappait d'une nullité radicale et absolue les billets qui ne seraient pas écrits

[1] Merlin, *Rép.*, *double écrit*, n° 8; — Toullier, t. IX, n° 84; — Troplong, *de la Vente*, n° 33.

ou du moins dont la somme ne serait pas approuvée en toutes lettres de la main de celui qui les avait souscrits, lequel, néanmoins, était tenu d'affirmer sous serment qu'il n'en avait pas reçu la valeur. Étaient exceptés de cette règle les billets faits par les banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs et autres de pareille qualité.

Cette loi admettait donc la présomption de surprise, devenant une présomption *juris* et *de jure* par le serment du débiteur. Mais, comme le remarque Toullier, elle avait entre autres inconvénients graves, celui de ne protéger que la classe des citoyens instruits et non la classe la plus nombreuse de la société, la plus facile à surprendre. Aussi, et malgré la précision de ses termes, la doctrine enseigna-t-elle qu'elle pouvait être modifiée par les circonstances. Cette opinion fut sanctionnée par la jurisprudence. Les parlements n'hésitaient pas à valider l'obligation, lorsque la présomption de surprise leur paraissait repoussée par les faits de la cause.

Une pareille contradiction entre la loi, la doctrine et la jurisprudence, signalait trop les vices de la première et devenait un enseignement utile pour le nouveau législateur. Ce qui prouve qu'il en a profité, c'est que le Code ne dit plus que l'acte, fait contrairement aux dispositions de l'article 1326, *sera nul et de nul effet et valeur*. Comment, dès-lors, atteindre à un résultat identique à celui que prescrivait la loi de 1733?

La différence dans les termes doit en déterminer une dans les conséquences, et cette dernière ne peut être que celle que nous indiquons, à savoir : que sous l'em-

pire du Code l'acte n'étant plus radicalement nul peut servir de commencement de preuve. Ce résultat se légitime parfaitement, d'abord parce que la signature, quoique isolée, n'en émane pas moins de la partie, ensuite parce que cette signature apposée au bas d'une obligation la rend évidemment vraisemblable.

Sans doute l'article 1326 ayant consacré une exception pour les billets ou actes émanés de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, on pourrait être tenté de lui reprocher de n'avoir pas assez protégé la classe la plus nombreuse, la plus facile à surprendre, celle, par conséquent, qui avait le plus besoin de protection. Mais le législateur ne pouvait pas méconnaître un fait évident, à savoir : que dans ces classes il est une infinité de gens sachant à peine signer et pour lesquels la prétention de les soumettre aux formalités de l'article 1326 eût été une interdiction absolue de contracter sous seing privé, ce qui les exposait, dans tous les cas, aux frais d'un acte authentique. Il a donc eu raison de reculer devant une pareille charge.

D'ailleurs, l'admission de l'acte irrégulier comme un commencement de preuve contre tous les citoyens, atténuerait singulièrement l'inégalité qu'on reprochait à la déclaration de 1733. Par ce moyen, en effet, l'acte pourra sortir à effet, alors même que la signature non précédée du bon ou approuvé appartiendra à une autre catégorie qu'à une de celles nominalement rappelées dans l'article 1326.

Ainsi, le titre ne réunissant pas les conditions vou-

lues par l'article 1326 pourra servir de commencement de preuve.[1] La signature apposée à une obligation en rend l'existence et la réalité vraisemblables à un très haut degré. Aucune difficulté sérieuse ne saurait donc s'élever lorsque l'irrégularité du titre n'est due qu'à l'absence du bon ou approuvé.

755. — Il n'en est pas de même lorsque le titre ne portant pas de signature est cependant écrit en entier de la main de celui à qui on l'oppose. Sans doute, et en droit, ce titre remplit la première condition exigée par l'article 1347. Nous avons déjà dit que cet article n'exige pas que l'écrit soit signé. Il suffit qu'il soit le fait de la partie ou de son auteur. C'est ce qui se réalise dans le cas que nous supposons.

Mais l'existence d'un pareil écrit rend-elle l'obligation vraisemblable? En logique rigoureuse, l'écrit non signé ne prouve qu'une seule chose, à savoir : que des négociations ont existé, qu'un projet a été préparé et communiqué, mais que les parties n'ont pu se mettre d'accord. On ne peut admettre, en effet, que non-seulement le débiteur a oublié de signer, mais encore que le créancier ne se soit pas aperçu de cette omission, en acceptant un pareil titre.

D'autre part, il n'est pas probable non plus que le débiteur n'ait pas demandé la restitution du projet écrit par lui et se soit ainsi exposé à voir le créancier en abuser à son détriment. Il y a donc motif de douter et, dès-

[1] Toullier, t. IX, nos 81 et suiv.; — Duranton, t. IV, nos 1282-83.

lors, nécessité de procéder à une instruction qui ne peut être que l'audition des témoins fournis de part et d'autre. C'est ce que la Cour de cassation a consacré en décidant que l'écrit non signé par son auteur peut servir contre lui de commencement de preuve. [1]

756. — L'acte authentique fait foi contre tous des stipulations qu'il renferme. Mais un acte n'est authentique que si l'officier public qui l'a reçu avait qualité pour le recevoir; que si les formes voulues par la loi ont été remplies. L'incompétence du premier, la violation des secondes frappent l'acte de nullité.

Mais il importe de remarquer que cette nullité atteint plutôt l'instrument prouvant l'obligation que l'obligation elle-même. Nous avons déjà vu, en effet, que le lien légal, que le *vinculum obligationis*, est indépendant de la forme par laquelle les parties l'ont constaté ; que l'effet de celui-ci disparaissant, celui-là n'en existe pas moins, sauf le mode de preuve qu'il est loisible aux contractants de produire.

L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officier qui l'a reçu ou pour violation des formes, perd l'authenticité devant en assurer l'exécution, mais le consentement des parties reste. L'acte vaut comme sous seing privé et doit être apprécié comme tel.

757. — Dès-lors, c'est par les considérations que nous avons présentées en traitant la seconde catégorie

[1] 4 février 1829, 6 février 1839 ; — J. D. P. 1839, tom. 1, p. 274.

qu'on doit résoudre la difficulté. Ainsi, de deux choses l'une, ou l'acte annulé sera revêtu de la signature des parties ou il mentionnera qu'elles n'ont su ou pu signer. Dans ce second cas, la nullité de l'acte entraînera celle de la convention, car il n'y aura aucun moyen de la prouver. En effet, l'acte valant comme sous seing privé, n'étant ni écrit ni signé par les parties, n'émane, évidemment, ni de l'une ni de l'autre.

Mais si chacune d'elles a signé, l'acte vaudra comme commencement de preuve et permettra d'établir l'obligation par la preuve testimoniale. [1]

758. — Nous nous sommes occupés jusqu'à présent d'écrits constituant un titre dont la régularité dispenserait de toute autre justification. Il est d'autres écrits qui, sans constituer jamais un titre définitif, peuvent faire présumer un engagement quelconque et autorisent à en prouver par témoins l'existence. Dans cette catégorie se place notamment la correspondance.

La doctrine et la jurisprudence offrent de nombreux exemples de lettres missives jugées suffisantes pour rendre admissible la preuve de l'obligation alléguée; nous nous contenterons d'en citer quelques-uns.

1° Un particulier prétend avoir confié à un autre une somme d'argent, et il n'en produit d'autre preuve qu'une lettre dans laquelle ce dernier écrit : *Je vous satisferai sur ce que vous savez.* Cette mention rend vraisemblable

[1] Liége, 9 juillet 1812; — *Conf.*, Pothier, Toullier, Duranton, Dalloz, Solon.

le fait du dépôt et la lettre forme un commencement de preuve permettant de l'établir par témoins.

2° Vous m'avez écrit une lettre pour me prier de compter à votre fils, qui en est porteur, 300 francs dont il a besoin pour ses études, j'ai compté la somme, mais sans en prendre un reçu. La lettre que je représente constitue un commencement de preuve et autorise à établir la remise alléguée.

3° La Cour de cassation a jugé que la lettre missive reconnaissant l'existence d'une dette, sans toutefois en déterminer le *quantum*, créait un commencement de preuve suffisant pour être recevable à justifier par témoins que cette dette est supérieure à 150 francs.[1] Dès-lors la lettre par laquelle le débiteur écrit qu'il ne peut rembourser l'argent qu'on lui a prêté, et promet de vendre une partie de maison pour s'acquitter, peut être utilement invoquée comme constituant un commencement de preuve, et rendre admissible la preuve testimoniale d'une obligation de 2,400 francs, alors même que l'auteur de la lettre prétendrait que la somme réellement prêtée est de beaucoup inférieure.

4° Enfin la lettre, annonçant qu'on a reçu en prêt une somme de cent..., peut servir à prouver soit l'existence d'une dette de cent et une fraction, comme 120, 150, etc., soit une dette de cent écus, de cent louis, etc.

En résumé, tout ce qui tend à faire supposer une

[1] 29 prairial an XIII ; — Pothier, n[os] 370 et suiv. ; — Toullier, 8, n[os] 322 et suiv., T. 9;—n[os] 108 et suiv.;—Dalloz, *Dict. alph.*, v[is] *preuve testimoniale*, n° 177 et suiv.

obligation rend vraisemblable l'allégation de son existence; la preuve testimoniale peut dès-lors être invoquée à l'effet de compléter une justification encore incomplète. Elle peut donc être ordonnée, si d'ailleurs des faits reconnus constants ne créent pas une vraisemblance contraire plus puissante et plus décisive.

759. — L'écrit émané de l'auteur de la partie a contre cette partie la même autorité que s'il émanait d'elle. Il ne faut pas, pour qu'il en soit ainsi, que cet auteur soit celui auquel on se trouve avoir succédé *in universum jus*, il suffit qu'on soit, à un titre quelconque, devenu son représentant. Ainsi l'acquéreur, le donataire ou le légataire est l'ayant-cause du vendeur, du donateur ou testateur. Mais cette qualité se restreignant à l'objet faisant la matière de la vente, de la donation ou du legs, ce n'est que par rapport à cette chose même que l'écrit émané de l'un pourrait être invoqué contre l'autre.

760. — Le mandataire n'est pas l'auteur du mandant, il est mieux encore, il est le mandant lui-même, conséquemment l'écrit émané du premier et se référant à l'objet de sa mission réunira les conditions exigées par l'article 1347 du Code civil, et pourra fonder contre le second le commencement de preuve par écrit.

C'est ce que la Cour de cassation a consacré, en jugeant, le 7 mars 1831, que la déclaration faite et signée au bureau de paix par le mandataire d'une partie a pu être considérée comme un commencement de preuve

par écrit, suffisant pour faire admettre des présomptions graves, précises et concordantes, et pour décider qu'un billet de plus de 150 francs a été payé.

Ce qui a été admis pour le mandat exprès, l'a été également pour le mandat tacite. Ainsi la Cour de Metz a vu un commencement de preuve contre la belle-mère, dans l'acte émané du gendre, alors qu'il est certain que le gendre était dans l'usage de faire les affaires de celle-ci.[1]

761. — Enfin la Cour de Toulouse a jugé, le 25 novembre 1831, que le commencement de preuve de la libération d'un débiteur peut résulter des registres d'un notaire, dépositaire de sommes appartenant à ce débiteur, constatant des emplois, tels que prêts ou acquisitions faites par le créancier, de partie de sommes déposées, versées entre ses mains par le notaire, à l'acquit du débiteur. Cet arrêt se fonde d'abord sur ce que le dépôt étant réalisé dans l'intérêt du créancier, le notaire devient son mandataire pour les sommes par lui reçues; ensuite sur ce que les actes constatant l'emploi étant signés par le créancier, l'énonciation des registres se trouve ainsi confirmée par un écrit émané personnellement du créancier lui-même.[2]

762. — En résumé, les simulations concertées par les parties ne peuvent nuire aux tiers, ceux-ci sont tou-

[1] 22 mai 1828.
[2] D. P. 34, 2, 35.

jours recevables à en faire la preuve par témoins. Ils sont placés, en regard de la prohibition de l'article 1341, dans l'exception de l'article 1348, ils n'ont jamais été en position de se procurer une preuve écrite.

Il n'en est pas ainsi des parties, chacune d'elle a pu et dû se procurer cette preuve. L'absence de celle-ci ne leur permet donc pas d'invoquer la preuve testimoniale, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit.

L'aveu, alors même qu'il ne porte que sur la simulation de la cause exprimée, la déclaration judiciaire constatée, l'écrit émané de la partie ou de son auteur, peut fonder le commencement de preuve, s'il rend le fait allégué vraisemblable. L'appréciation de ce caractère appartient souverainement au tribunal investi.

763. — La fraude *de contractu in contractum* consiste, avons-nous dit, à dissimuler, sous l'apparence d'une convention licite, l'existence d'un contrat nul comme contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Sa perpétration exige donc le concours des parties, de là la question de savoir si l'une d'elles sera recevable à prouver par témoins le véritable caractère de l'acte.

La solution de cette question est sans intérêt, lorsqu'il s'agit d'une simulation licite, c'est-à-dire lorsque les parties, ayant réellement contracté et ayant pu le faire valablement, ont cependant donné à leur convention une autre forme que celle qu'elle devait recevoir. Telle serait l'hypothèse d'une libéralité déguisée sous l'ap-

parence d'un contrat à titre onéreux; d'une vente déguisée sous la forme d'un échange, ou réciproquement.

A quoi bon en effet recourir à une preuve, si le fait à prouver étant admis, il n'en doit pas moins rester un droit d'un côté, une obligation de l'autre. Or, tel sera inévitablement le résultat de la preuve que l'acte qualifié vente n'est qu'un échange ou qu'une libéralité, si d'ailleurs la partie poursuivante était capable de donner ou d'échanger : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

764. — Il est cependant une exception à l'irrecevabilité de la preuve, à savoir : lorsque s'agissant d'une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, l'auteur de cette donation aurait un intérêt à en faire determiner le véritable caractère. On sait que la donation est révocable pour cause d'ingratitude ou par survenance d'enfants. Cette double éventualité crée donc un droit certain et d'un grand intérêt pour le donateur. Il devrait donc, sur sa demande, être reçu à prouver que l'acte, quelles que soient les apparences, n'est en réalité qu'une donation.

765. — Ainsi le véritable motif de la prohibition de la preuve testimoniale contre ceux qui ont concouru à une simulation licite, est l'absence de tout intérêt. La proposition contraire, c'est-à-dire l'existence d'un intérêt se réalisant, cette prohibition tombe et fait place au droit de faire restituer à l'acte son véritable caractère.

Mais au-dessus de l'intérêt personnel se place l'intérêt public, celui-ci ne pouvait tolérer qu'on pût impuné-

ment violer la loi, blesser la morale ou outrager les mœurs. Conséquemment la simulation, ayant pour objet de masquer l'un de ces trois buts, est frappée d'une nullité radicale que les parties elles-mêmes peuvent invoquer.

De là il suit qu'elles sont recevables à prouver par témoins toutes les circonstances constitutives du fait prohibé ou illicite. On ne saurait admettre le contraire sans consacrer ce singulier résultat : que la loi qui veut la fin aurait refusé les moyens.

Vainement donc voudrait-on exciper de ce brocard que nous avons si souvent rappelé : *Nemo auditur*. Personne ne peut offenser directement la loi, ni faire ce qu'elle prohibe. Personne surtout n'est autorisé à retenir les avantages qui n'ont d'autre origine que le mépris d'une prescription d'ordre public.

766. — C'est ce que la jurisprudence n'a pas cessé de consacrer dans toutes les hypothèses. Ainsi la loi refusant toute action pour dette de jeu, le joueur, poursuivi en vertu d'une obligation même authentique, est admis, nous l'avons déjà dit, à prouver par témoins que le titre en vertu duquel on le poursuit n'a été créé que pour dissimuler une dette de jeu, et à se réfugier dans le bénéfice de l'article 1965.

Ainsi encore la loi exige dans un intérêt social que la cession d'un office ne puisse comporter un prix plus élevé que celui indiqué dans le traité soumis à l'approbation du gouvernement. Le supplément de prix, consenti au mépris de cette prohibition, quelque précaution

qu'on ait mis à le déguiser, ne peut donc être exigé, il peut de plus être répété après paiement. Dès-lors le souscripteur, débiteur de ce supplément, est toujours autorisé à prouver par témoins le véritable caractère soit du titre en vertu duquel on le poursuit, soit du paiement dont il demande la restitution ou l'imputation sur le prix patent.

Ainsi, enfin, l'obligation consentie en faveur de l'incapable pourra toujours être attaquée par le souscripteur lui-même, et il suffira qu'il soit justifié qu'elle n'avait pas d'autre objet que celui de violer la loi, pour qu'elle soit frappée d'impuissance et déclarée nulle. On ne peut donner indirectement lorsqu'on n'a pas le droit de le faire d'une manière directe, et ce principe deviendrait bientôt d'une application impossible si celui qui a tenté de l'éluder ne pouvait plus tard revenir de sa première résolution.

La fraude contre la prohibition expresse de la loi, lorqu'elle a pour objet de méconnaître l'intérêt public, les bonnes mœurs, peut donc toujours être prouvée par témoins. On peut renoncer à un droit personnel, à un intérêt privé, on ne renonce jamais à ce qui intéresse la société toute entière. Les prohibitions fondées sur l'ordre public ont essentiellement ce caractère.

767. — Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, celle par présomptions l'est également, de telle sorte que sans recourir à la première, le magistrat peut définitivement prononcer, si les circonstances du procès lui paraissent le comporter.

768. — Les présomptions sont définies par la loi: des conséquences qui se tirent d'un fait connu à un fait inconnu. Il suit de cette règle :

1° Que la présomption diffère de la preuve, en ce que celle-ci fait foi directement et par elle-même d'un fait, tandis que la présomption en fait foi par une conséquence tirée d'une autre fait ; [1]

2° Que la présomption a avec la preuve une source commune, une même origine quant à leur certitude ; car leur force consiste dans la conséquence certaine qu'on peut tirer de quelque vérité connue pour en conclure la vérité dont on cherche l'existence ; [2]

3° Que la présomption offre plus ou moins de certitude, suivant que la liaison existant entre la vérité connue est plus ou moins nécessaire.[3]

Ainsi, si la conséquence tirée du fait certain est nécessaire, s'il est impossible que, ce fait acquis, le second soit douteux, la présomption devient preuve. J'étais, dit Domat, à cent lieues de mon domicile le jour où l'on prétend que j'y ai signé un acte ; ce fait constant, il en résulte la conséquence forcée que la date donnée à l'acte est fausse.

S'il n'y a pas de conséquence absolument nécessaire entre le fait connu et celui qu'il s'agit d'établir, les présomptions ne sont plus que des conjectures, des probabilités que le juge peut repousser ou admettre selon qu'il les juge graves, pécises et concordantes.

[1] Pothier, n° 806.
[2] Toullier, t. x, n° 1.
[3] *Id. ibid.*, n° 23.

769. — Nous avons déjà expliqué la valeur de ces mots et les obligations que leur appréciation impose au demandeur en preuve.[1] Nous terminerons donc notre sujet par la question de savoir s'il existe, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement influer sur la reconnaissance.

Résoudre cette question par une affirmative absolue, serait méconnaître le caractère du pouvoir confié aux tribunaux. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que la doctrine a de tous temps appelé l'attention des magistrats sur des circonstances pouvant plus facilement faire admettre la fraude. Telles sont, au dire de notre savant confrère Dubreuil : « la qualité des parties, la retention de possession entre personnes suspectes, la vilité du prix, le pacte de réméré, la révolation, le défaut de moyens de l'acquéreur ou du prêteur, l'aisance du vendeur ou emprunteur ; l'acte privé ; le défaut de réelle numération dans l'acte authentique ; le secret ; le temps ; le lieu ; les précautions suspectes ; les actes antécédents ou subséquents, etc... »

Chacune de ces présomptions, comme l'observe M. Dubreuil lui-même, n'a par elle-même rien de décisif, mais on comprend que la réunion de plusieurs d'entre elles peut déterminer la conviction du juge. Nous l'avons déjà dit, c'est surtout pour les présomptions qu'a été dictée la règle : *Quod sicut quæ non prosunt singula multa juvant, ita e contra quæ non nocent singula multa nocent.* Il est évident que si on exigeait

[1] *Vid. supra*, nos 255 et suiv.

une certitude parfaitement démontrée, il était inutile de permettre de recourir soit à la preuve testimoniale, soit surtout à celles par présomptions. Celles-ci ne sont que des conjectures, des probabilités. La faculté de les accueillir indique le pouvoir du juge. On ne pouvait, dans l'exercice de ce pouvoir, que s'en référer au juge lui-même qui se prononcera dans tous les cas en faveur du parti que sa conviction lui indiquera comme le plus probable.

CHAPITRE II.

FRAUDE CONTRE LA PARTIE CONTRACTANTE.

—

SOMMAIRE.

770. Définition.
771. Rapport et différence entre cette fraude et le dol.
772. La fraude poussée jusqu'à de certaines limites constitue des délits ou des crimes atteints par la loi pénale.
773. La fraude contre la partie, étant assimilée au dol, est régie, quant à sa poursuite, par les principes tracés pour celui-ci.

770. — Cette fraude dite *de re ad rem* est celle qui est employée par un des contractants au détriment et à l'insu de l'autre. Elle peut être définie toute tromperie, toute action de mauvaise foi, exécutée dans le dessein de se procurer un avantage illicite au préjudice et aux dépens de celui avec qui on traite.

771. — Cette fraude a donc, dans ses effets, un point de contact intime avec le dol, mais elle en diffère essentiellement dans ses conditions constitutives. Ce qui caractérise celui-ci, c'est, nous l'avons déjà dit, la résolution de tromper et l'existence d'un préjudice, *consilium et eventus*. La fraude, au contraire, gît tout entière dans le résultat poursuivi et obtenu à l'aide de moyens illégitimes, *fraus non in consilio sed in eventu*. Ainsi, un acte sérieux et légitime dans son origine, un jugement légalement poursuivi et justement prononcé, peut devenir, par le mode de son exécution, l'occasion d'une fraude préjudiciable. Dès-lors celui qui en demande la répression n'a pas à justifier d'une pensée préexistante dont l'acte lui-même n'aurait été que l'exécution. Il lui suffit de prouver le préjudice dont il se plaint et l'illégitimité du fait dont il découle, pour qu'il obtienne immédiatement la réparation qu'il lui est due.

772. — La fraude poussée jusqu'à de certaines limites constitue des délits ou des crimes atteints par la loi pénale. C'est ainsi que les vols, les filouteries, l'abus de confiance, la violation du dépôt, la tromperie sur la nature de la marchandise, ne sont que des fraudes véritables, singulièrement aggravées par les circonstances qui les ont vu se produire. Ces matières restant étrangères au cadre que nous nous sommes tracés, nous nous bornerons à faire remarquer que l'action en répression, au point de vue de l'intérêt public, reste sans influence sur la réparation due à la partie lésée. Cette réparation peut être poursuivie concurremment

avec l'action criminelle, ou devenir l'objet d'une demande particulière et indépendante. Il y a plus, le fait qualifié crime ou délit pourrait disparaître sans que la fraude eût par cela même cessé d'exister. La décision du juge criminel, tant sur la poursuite du ministère public, que sur l'action civile elle-même, ne s'appliquant qu'à la culpabilité du prévenu, ne créerait, en cas d'acquittement, aucune fin de non-recevoir contre l'action en répression de la fraude.[1]

773. — Les règles applicables à la poursuite du dol sont parfaitement applicables à celle de la fraude consommée à l'insu et au détriment de la partie. La preuve testimoniale, admissible pour l'un, ne saurait être refusée pour l'autre. Cette fraude, en effet, ressemble tellement au dol, qu'il est d'usage dans la pratique de les réunir et de les confondre.

Comme le dol lui-même, la fraude contre la partie est souvent présumée. C'est ce que nous venons d'établir, c'est ce que nous allons plus directement démontrer en recherchant les divers effets qu'elle entraîne, selon le contrat dans lequel elle s'est produite.

[1] *Vid. supra*, n° 19.

SECTION Ire — FRAUDE DANS LES MARIAGES.

—

SOMMAIRE.

774. Division.

774. — Nous avons déjà parlé du dol ayant pour objet de tromper sur la personne du conjoint, sur ses qualités civiles ou morales, sur sa fortune, il nous faut maintenant aborder les fraudes qui peuvent se commettre dans les stipulations qui précèdent le mariage, suivre les époux dans la vie commune, assister à la dissolution de l'union. Le mariage, en effet, déterminant la confusion des intérêts et des biens des époux, offre à la mauvaise foi des occasions nombreuses et faciles à exploiter. La fraude peut donc s'exercer au point de départ du mariage, se continuer pendant sa durée au préjudice de l'époux, de la famille elle-même; survivre même à la cause qui en a entraîné la dissolution. Il faut donc l'examiner dans chacune des ces trois périodes.

—

§ Ier — FRAUDE DANS LES STIPULATIONS MATRIMONIALES.

SOMMAIRE.

enfant, à un avantage résultant de leur contrat de mariage; à la dation d'une hypothèque non stipulée.

789. Les principes régissant les époux et leurs parents s'appliquent aux tiers qui ont été parties dans le contrat de mariage.

790. La demande en nullité des changements ou contre-lettres illicites peut être exercée par la partie elle-même.

791. L'exécution donnée pendant la durée du mariage ne crée aucune fin de non-recevoir contre la demande.

792. Conséquemment l'action est imprescriptible tant que le mariage n'a pas été dissous.

793. Les conventions et les avantages obtenus par dol ou fraude peuvent être révoqués sur la demande de l'époux trompé.

794. Fraudes dont la constitution de dot est susceptible.

795. Obligation pour le mari de poursuivre la rentrée de la dot. Sa responsabilité.

796. La quittance d'une dot non reçue constitue une libéralité que les réservataires peuvent faire réduire; que les créanciers peuvent faire annuler.

797. La reconnaissance d'une dot non réellement faite peut, si le mariage n'a pas été célébré, être annulée sur la preuve écrite de sa simulation.

798. La quittance de la dot, sous pacte secret de se contenter d'une moindre somme, oblige à restituer la somme portée dans le contrat de mariage, le pacte secret étant une contre-lettre nulle.

799. La quittance donnée *spe futuræ numerationis* oblige également à restituer les sommes censées reçues.

800. La contre-lettre fixant la véritable signification de la quittance ne pourrait être opposée à la femme.

801. *Quid* si au lieu d'une contre-lettre le mari avait reçu des effets pour le montant de la dot?

802. La quittance, par le père de l'époux, de la dot touchée par celui-ci pourrait être attaquée comme coustituant une libéralité.

775. — Le contrat de mariage règle les conditions sous l'empire desquelles la famille des époux et les époux eux-mêmes ont entendu contracter. Les stipulations de ce contrat ont ce double caractère : qu'elles sont dans l'intérêt des deux époux, dans celui des enfants à naître du mariage ; qu'elles sont essentiellement corélatives, en ce sens que les avantages faits à l'un ne sont que l'équivalent de ceux rapportés par l'autre. L'acte qui atténuerait ou anéantirait les uns serait donc une véritable fraude nuisible même aux époux, préjudiciable aux enfants, puisqu'il diminuerait d'autant les ressources destinées au soutien des charges du mariage. Il violerait de plus, et d'une manière viscérale, le caractère de réciprocité qui faisait la loi du contrat.

Les conséquences de cette fraude pour l'avenir de l'union, la paix du mariage ; l'influence funeste qu'elle peut exercer sur les relations des époux, sur le sort des enfants à naître du mariage, devaient appeler toute l'attention du législateur dont les efforts devaient tendre non-seulement à la réprimer, mais même à la prévenir.

776. — Or, les moyens à l'aide desquels cette fraude devait se réaliser sont extrêmement faciles : *Clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negocii opportunitate confingi potest, vel quod vere gestum est, aboleri.*[1] Il n'y avait donc pas à hésiter sur la marche à adopter. Assurer l'inviolabilité des stipulations matrimoniales, les imposer obligatoirement aux époux,

[1] L. 27, Cod. *de Donat.*

à leurs familles, telles qu'elles avaient été stipulées, telles étaient les mesures que la prudence conseillait et que notre loi a sanctionnées.

777. — En principes donc, les conventions matrimoniales sont irrévocables. Toutes dérogations sont de plein droit présumées frauduleuses et, comme telles, frappées d'une nullité radicale. Mais cette irrévocabilité n'est acquise qu'à partir de la célébration du mariage. La raison indiquait qu'on ne pouvait gêner la liberté des transactions, tant que cette célébration n'est qu'un événement conditionnel et futur qu'il s'agit de préparer.

778. — Les modifications sont donc permises avant le mariage. Mais ces modifications ne sont valables que sous certaines conditions. Ainsi il faut :

1° Que les changements au contrat primitif soient constatés par acte passé dans les mêmes formes que le contrat lui-même. Cette exigence se justifie non-seulement par l'intérêt des époux, mais encore par celui des tiers obligés de subir la loi du contrat, sans y avoir en rien participé. Un acte sous seing privé, alors même qu'il eût acquis date certaine par l'enregistrement, pouvait être facilement soustrait à la connaissance des parties intéressées. Déposé entre les mains de l'époux, il pouvait être caché ou produit suivant les besoins. Des difficultés nombreuses pouvaient surgir d'un pareil état des choses, il était donc sage de les prévenir.

D'ailleurs, après les changements, il n'y a pas d'au-



tre contrat de mariage que celui qui ressort des modifications faites au premier. L'acte qui contient ces modifications est donc le véritable, le seul contrat, et puisque celui-ci ne peut être qu'authentique, on ne pouvait, sans inconséquence, dispenser de l'authenticité les accords substitués aux conventions primitives.

779. — 2° Que les changements soient faits en présence et du consentement simultané de tous ceux qui ont été parties au contrat. La loi ne considère pas comme parties au contrat les nombreux parents qui assistent les époux dans cette solennité. Elle ne reconnaît cette qualité qu'à ceux qui, parents ou étrangers, sont intervenus activement au contrat soit en constituant l'apport des époux, soit en ajoutant par des libéralités quelconques aux avantages concédés par la famille. Ceux-là seuls doivent donc concourir aux modifications nouvellement convenues, et les approuver. Le motif nous l'avons déjà indiqué. Les stipulations du contrat de mariage sont corrélatives, tel ne donne à l'un des époux que parce que tel autre en agit de même envers le conjoint. Conséquemment, annuler une libéralité c'est enlever à l'autre le motif qui cependant l'a déterminée et c'est ce qu'admet la loi, tant que l'auteur de celle-ci n'a pas déclaré le contraire en souscrivant lui-même au changement projeté.

780. — Notons que ce consentement doit être donné au moment même de l'acte modificatif et conster de cet acte même. L'assentiment rapporté à une

époque postérieure ne couvrirait donc pas la nullité radicale dont l'absence de la partie intéressée a frappé les modifications faites aux conventions premières.

Ce n'est pas seulement en faveur de ces parties que la loi a cru devoir les appeler, cette précaution a aussi pour but l'intérêt bien entendu des époux que l'on a voulu protéger contre l'excès de leur affection, contre les piéges qu'une famille adroite et intéressée peut semer sur leurs pas. Trop souvent, dit M. Plasman, les fêtes de l'hymen cachent dans les époux, et surtout dans ceux qui les entourent, des projets d'ambition ou des sentiments de cupidité contre lesquels il était prudent d'accumuler tous les obstacles possibles.[1] Or, c'était déserter ce devoir que de permettre aux époux de modifier la loi de leur contrat à leur volonté, hors la présence de ceux qui, par leur qualité ou leurs bienfaits, doivent s'intéresser à leur sort et les défendre contre un aveugle entraînement. Leur éloignement fait donc présumer la fraude que tout d'ailleurs favorise. Ainsi, ajoute M. Plasman, les relations que l'approche du mariage autorise offriront mille prétextes à l'époux pour, sous les apparences trompeuses d'une tendresse affectée, déterminer une jeune fille sans expérience à changer telles ou telles dispositions du contrat; à une belle-mère avide, la facilité d'entraîner un jeune homme passionné à consentir des stipulations dangereuses dans leurs effets et dont il ne pourrait, dans son aveuglement, prévoir à l'instant même les conséquences.

[1] *Des contre-lettres*, p. 72.

L'imminence du danger à paru telle au législateur, qu'il n'a pas hésité à considérer comme le résultat de l'irréflexion et de l'entraînement les modifications arrêtées hors la présence et sans le consentement de tous ceux qui ont été parties au contrat. C'est d'ailleurs dans le même sens que s'était prononcé notre ancien droit. Sous son empire, la clandestinité des stipulations nouvelles créait contre elles une présomption de fraude contre laquelle nulle preuve contraire n'était admise. « Ces modifications, dit Pothier, peuvent ne pas être vicieuses, néanmoins, l'affectation des conjoints de cacher à leurs parents et au public leurs conventions, en les faisant à part et par un acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les époux ont eu honte et qui doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt par la passion que par de justes motifs. [1] »

Ainsi, d'une part, forme authentique; de l'autre, présence et concours simultané de tous ceux qui ont figuré au contrat, telles sont les conditions imposées à la validité des changements apportés au contrat de mariage avant sa célébration. L'inexécution d'une de ces conditions, comme la violation de toutes deux, rend l'acte modificatif une contre-lettre vaine et sans portée, frappée, même à l'égard des souscripteurs, d'une nullité radicale et absolue.

781. — A ces précautions prises dans l'intérêt des

[1] *Introduction à la communauté*, n° 13.



époux et des tiers parties au contrat de mariage, la loi en ajoute une autre en faveur des tiers absents du contrat. En effet, l'article 1397 dispose que tous changements ou contre-lettres, même revêtues des formes que nous venons de rappeler, seront sans effet à l'égard de ceux-ci, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage. Les tiers ne peuvent subir les stipulations matrimoniales qu'ils n'auraient pas connues et qu'ils ne peuvent connaître que par l'expédition du contrat à la suite de laquelle le notaire doit, à peine des dommages-intérêts des parties, transcrire tous les changements rédigés à la suite de la minute.

782. — Après la célébration du mariage, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir ni modifications, ni changements, sous quelque forme que ce soit. Il n'est plus au pouvoir des époux, des parents, des tiers parties au contrat de les altérer ou de les remplacer par d'autres. En conséquence, tout ce qui aurait été fait contrairement à cette prohibition, alors même que toutes les parties y auraient concouru et consenti, est, de plein droit et d'une manière absolue, considéré comme non avenu et nul.

Il importe, en effet, que les stipulations matrimoniales procèdent d'un consentement indépendant et libre. Or, le mariage consommé, il n'y a plus, pour un des époux du moins, ni indépendance, ni liberté. Ce qui, avant la célébration, peut n'être que le résultat de l'entraînement et de l'affection, pourrait n'être, après, qu'un calcul odieux, que le produit de la menace ou de



la violence. On comprend d'ailleurs très bien que certaines exigences auxquelles on se fût refusé même au prix de la rupture d'une union projetée, deviennent forcément acceptables sous la menace de voir se dissoudre l'union consommée. Contre une pareille éventualité, il n'y avait qu'un seul remède efficace, celui édicté par les articles 1395 et 1396, à savoir : l'invalidité absolue, inévitable de tout ce qui aurait été fait. La fraude était si prochaine, si facile, si dangereuse, que le législateur l'a admise comme la cause unique de toutes les modifications apportées après le mariage aux stipulations du contrat.

En présence de dispositions si formelles, la question de droit ne saurait souffrir ou présenter la moindre difficulté. Il n'en sera pas de même de l'existence en fait de la modification ou du changement ; on peut facilement prévoir que la fraude n'abordera jamais de front la barrière infranchissable que la loi lui a opposée ; c'est par des moyens détournés, c'est sous l'apparence de l'acte le plus inoffensif qu'elle s'efforcera d'atteindre le but qu'elle s'est proposée.

783. — Les procès que l'application des articles 1395, 1396 fera naître offriront donc exclusivement des questions d'appréciation du véritable caractère de l'acte signalé comme constituant une modification prohibée. Or, les éléments essentiels de cette appréciation résident tout entiers dans la véritable entente de la pensée du législateur.

784. — Cette pensée est indiquée par le texte même. Le terme *changement* employé par l'article 1396, ceux de *tous changements ou contre-lettres* dont se sert l'article 1397, embrassent, tant d'après leur sens naturel que d'après l'esprit de la loi, toutes conventions ou dispositions nouvelles, soit qu'elles modifient directement ou indirectement les clauses du contrat de mariage, soit qu'elles ne les modifient que d'une manière détournée en altérant ou neutralisant les effets que ces clauses devraient produire. [1]

C'est donc en scrutant la pensée des parties, le but réel de l'acte, que les tribunaux parviendront à résoudre sainement le litige soumis à leur décision. Quelle que soit l'apparence donnée à la convention, si ses effets doivent agir sur une des clauses du contrat de mariage; si, sous prétexte même d'interprétation, elle donne à ses dispositions un sens incompatible avec celui qu'elles offrent naturellement, l'acte doit être considéré comme frauduleux et annulé sur la poursuite de toute partie intéressée.

785. — Par application de ces principes, il a été jugé : 1° que l'acte par lequel le mari consent à ce que la donation à lui faite par la femme soit réduite à l'usufruit de l'objet donné, est une contre-lettre qui n'a pu valablement être consentie après la célébration du mariage ;[2]

[1] Cass., 31 janvier 1837 ; — J. D. P., tom. I, 1837, p. 636.
[2] Cass., 9 novembre 1824 ; — Rennes, 16 mai 1823.

2° Qu'on doit annuler comme contre-lettre prohibée la reconnaissance faite par le mari postérieurement au mariage que, dans l'intention des parties contractantes, la dot constituée avec terme ne devait pas produire intérêt [1];

3° Qu'il doit en être de même de la déclaration qu'une somme, stipulée payable à une époque déterminée, ne sera exigible qu'au décès du constituant [2];

4° Que lorsqu'une rente a été constituée en dot dans le contrat de mariage, il y a changement prohibé dans l'acte par lequel on détermine, après le mariage, le capital de cette rente, on le déclare exigible à volonté, avec hypothèque pour la sûreté du paiement [3];

786. — Cet arrêt est surtout remarquable en ce qu'il s'écarte d'une règle admise par notre ancien droit, à savoir : qu'il n'y avait nullité absolue que lorsque les changements grévaient la position des époux : *Quando nempe fit deterior conditio dotis.* Mais l'espèce dans laquelle il est intervenu rendait, dans tous les cas, ce tempérament inadmissible, puisque la nullité de l'acte était poursuivie par les créanciers du constituant, en force des dispositions de l'article 1167. Il ne peut dès-lors être d'un grand secours, quant au principe considéré *in abstracto* et eu égard aux parties contractantes elles-mêmes.

Toutefois, nous devons dire que, même dans cette

[1] Pau, 9 janvier 1838; — J. D. P. tom. II, 1839, pag. 548.
[2] Aix, 7 mai 1847.
[3] Dijon, 17 juillet 1816.

hypothèse, la doctrine de l'arrêt serait très juridique. Le Code civil proscrit tous changements postérieurs au mariage, sans distinguer ceux qui améliorent la position des époux de ceux qui la rendraient pire. La nullité est absolue, et dès-lors elle peut être invoquée même par ceux qui ont traité avec les époux. Toute la différence qu'il y aura donc entre ces deux cas, c'est que, dans l'un, la nullité sera poursuivie par les époux où l'un d'eux, et que, dans l'autre, l'action sera intentée par l'autre partie.

Toute distinction de ce genre eût d'ailleurs offert le grave inconvénient de substituer à une règle positive l'appréciation incertaine des véritables conséquences de l'acte querellé, pouvant, sous l'apparence d'un avantage actuel, recéler un grave danger pour l'avenir des époux. Il était donc prudent de bannir la nécessité de cette appréciation en s'en référant au principe général consacré par la loi.

787. — Mais ce principe ne doit pas être poussé jusqu'à des limites trop extrêmes. On ne doit pas confondre l'exécution naturelle d'une obligation pouvant la modifier, avec les changements ou contre-lettres prohibés. Conséquemment, si l'acte souscrit après le mariage n'a pour objet que d'assurer aux stipulations matrimoniales le légitime développement qu'elles comportent, cet acte doit être maintenu. Ainsi la Cour de cassation a jugé, le 19 janvier 1836, que la réserve du droit de retour autorisé par l'article 951, stipulée dans un contrat de mariage, avait été légalement anéantie

par le partage que les ascendants ont fait plus tard de leurs biens entre tous les enfants, partage dans lequel chacun des enfants a rapporté soit fictivement, soit en nature, les biens qui lui avaient été donnés. Ce partage, dit la Cour régulatrice, loin de porter atteinte à la donation faite dans le contrat de mariage, en réalise au contraire les effets par un rapport suivi de l'attribution définitive d'une part plus étendue dans l'hoirie ellemême. C'est donc uniquement par ce partage que se réalise la possession ultérieure et non plus en vertu du contrat de mariage. Dès-lors la réserve que celui-ci renferme ne saurait continuer de subsister.

788. — La même Cour avait décidé, le 18 avril 1812, que la convention par laquelle des pères ou mères renoncent à quelqu'un des avantages résultant de leur contrat de mariage, au profit d'un de leurs enfants, ne peut être annulée comme contenant une dérogation au contrat de mariage, qu'elle n'en est plutôt que la juste exécution.

Enfin il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que l'hypothèque donnée après le mariage, à la sûreté des sommes promises dans le contrat, était valablement consentie, quoiqu'elle n'eût pas été primitivement stipulée.

On voit par ces exemples comment il faut entendre et appliquer le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. C'est par le mobile qui a dirigé les parties qu'on doit apprécier les caractères de l'acte prétendu modificatif, abstraction faite de l'influence que



cet acte est destiné à exercer sur le sort des époux. L'avantage qu'ils pourraient retirer d'une véritable contre-lettre ne ferait pas plus maintenir celle-ci que le préjudice, résultant pour eux de ce qui ne serait que l'exécution du contrat, n'amènerait la nullité de l'acte ayant cet objet. Mais la convention, destinée à agir sur les clauses du contrat soit directement, soit indirectement, soit d'une manière détournée et lointaine, est de plein droit nulle comme présumée frauduleuse.

789. — Les principes régissant les époux et leurs parents s'appliquent aux tiers qui ont été parties au contrat de mariage. Les promesses faites par eux, les donations qu'ils ont consenties devraient être littéralement exécutées, nonobstant toutes déclarations ou tous engagements contraires émanés de l'époux donataire. Conformément à cette doctrine, il a été jugé, et selon nous très juridiquement, que le créancier d'une rente, qui a déclaré dans le contrat de mariage qu'il ne lui était plus rien dû, ne pourrait ultérieurement réclamer le paiement de la rente, en se fondant sur une contre-lettre infirmant la déclaration portée au contrat. L'existence de cette contre-lettre et la dissimulation constituent une fraude punie par les articles 1396 et 1397, et comme le créancier a directement et personellement concouru à la fraude, il ne pourrait se faire un titre de sa propre turpitude. Ce ne serait pas d'ailleurs le contrat de mariage qui pourrait rester sans effet, ce qui, dans un cas semblable, est frappé de nullité radicale, c'est exclusivement et uniquement la contre-lettre.

790. — On a prétendu un instant que l'action en nullité de l'époux signataire de la contre-lettre devait être déclarée non-recevable par application de la maxime *nemo auditur*, etc., mais le contraire n'a pas cessé d'être admis par la doctrine et par la jurisprudence. La nullité, édictée par les articles 1396 et 1397, n'est pas seulement fondée sur l'intérêt privé des parties, elle est aussi d'ordre public comme étant favorable aux bonnes mœurs, à la paix des familles et des unions conjugales. Dès-lors non-seulement l'époux signataire est recevable à l'invoquer, mais la renonciation directe ou indirecte à s'en prévaloir ne pourrait l'empêcher de le faire. [1]

791. — Dès-lors, la demande ne saurait être écartée par l'exécution que la contre-lettre aurait antérieurement reçue, [2] pourvu toutefois que cette exécution eût été réalisée pendant la durée du mariage. Celle qui suivrait la dissolution constituerait une ratification expresse contre laquelle nul ne serait admis à recevoir. A cette époque, en effet, le règlement respectif des intérêts est laissé à la libre volonté des ayant-droit. L'ordre public n'a rien à voir aux sacrifices qu'il plairait à chaque partie de s'imposer, en tant que chacune d'elles a la capacité pour les consentir ; à ce titre, la renonciation à se pourvoir contre la contre-lettre frauduleuse pourrait valablement être stipulée. Dès-lors, aussi, elle pourrait tacitement résulter de la conduite et des actes de la partie.

[1] Cass., 29 juillet 1818.
[2] Nîmes, 25 janvier 1843 : — J. D. P. tom. 1, 1843, pag. 297.

792. — Il suit de ce qui précède, que l'action en nullité, fondée sur la violation des articles 1396, 1397, est imprescriptible tant que dure le mariage, mais cette imprescriptibilité cesse avec le mariage lui-même. La dissolution se réalisant, le délai de dix ans donné par l'article 1304 commence de courir, conséquemment le silence, qui se serait prolongé au-delà de dix ans depuis cette dissolution, éteindrait complètement l'action indépendamment de toute autre ratification expresse ou tacite.

793. — Nous avons dit plus haut que les conventions matrimoniales arrachées par le dol d'un des conjoints sont dans le cas d'être rétractées sur la poursuite de l'autre. Il en serait de même des avantages obtenus par la fraude. La source des uns n'est pas plus pure, plus légitime que celle des autres. L'époux, qui aurait eu recours à la fraude, ne saurait se plaindre de ce qu'on lui arrache ce qu'il a tenté de s'approprier par d'aussi odieux moyens, *nemini sua fraus patrocinari debet.*

794. — La constitution de la dot peut donner matière à de nombreuses fraudes, soit que le constituant ait promis plus que ce qu'il pouvait ou voulait faire, soit que le mari ait reconnu une dot qui ne lui a pas été comptée ou pour avantager sa femme, ou pour l'honneur du contrat, sous un pacte secret de se contenter d'une somme moindre, *dos ventosa*, ou enfin dans l'espérance de recevoir bientôt les deniers, *spe futuræ numerationis.*

795. — Les obligations du constituant sont souverainement réglées par les termes du contrat de mariage. Il ne peut être délié de celle de compter la somme promise que par l'impuissance constatée sur les poursuites du mari. L'effet de cette fraude, de la part du constituant, n'exerce aucune influence sur le mariage; la légèreté avec laquelle l'époux a cru à des promesses dont il pouvait et devait même vérifier la sincérité le constitue en état d'imprudence, et ne lui laisse d'autre droit que celui de ne pas restituer ce qu'il n'a pas reçu, si, dans les délais voulus par la loi, il a rempli les diligences prescrites.

796. — La quittance que le mari donne de la dot qu'il n'a pas reçue, dans l'intention d'avantager celle qu'il va épouser, n'est qu'une véritable libéralité. Cette quittance l'engage en ce sens que, le mariage consommé, l'obligation de restituer la dot, le cas échéant, est irrévocablement encourue. Toute prétention contraire à la déclaration contenue au contrat, fût-elle expressément justifiée par écrit, ne serait pas même recevable de la part du mari.

Mais les héritiers à réserve, dont les droits se trouveraient atteints par l'excès de la libéralité, les créanciers, en fraude desquels cette libéralité aurait été faite, peuvent exciper du défaut de sincérité de la déclaration faite dans le contrat. Les uns et les autres peuvent attaquer de simulation la quittance de la dot et prouver cette simulation, même à l'aide de la preuve testimoniale et des présomptions. La seule différence entre les créan-



ciers et les héritiers à réserve, c'est que les uns peuvent faire annuler l'avantage concédé à la femme, tandis que les autres ne peuvent en demander que la réduction à concurrence de la quotité disponible.[1]

797. — Ces reconnaissances de dot, pour avantager la femme, offrent un autre danger contre lequel un mari prudent doit se précautionner. Dans l'intention de toutes les parties, la libéralité est essentiellement conditionnelle; elle ne doit sortir à effet que si le mariage s'accomplit. Cette condition manquant, la libéralité n'a plus de cause et se trouve par cela même révoquée. Mais, dans ce cas même, les termes du contrat imposeraient l'obligation de restituer la dot déclarée reçue, sans que l'époux ou ses héritiers fussent admis à prouver outre et contre les énonciations de l'acte, à moins qu'ils ne rapportassent une preuve écrite. La contre-lettre, émanée de la future ou de ses parents qui paraîtraient avoir constitué la dot, fournirait légalement cette preuve. La contre-lettre, en effet, n'est annulée que par la célébration du mariage; tant que cette célébration n'est pas réalisée, les accords projetés restent sous l'empire du droit commun, il ne peut y avoir de véritable contrat de mariage, là où il n'y a pas de mariage. Conséquemment la réception prétendue de ce qui devait former la dot de l'épouse, ne constituant plus qu'un engagement ordinaire, peut être anéantie par la preuve écrite qu'elle n'a jamais été qu'une simulation en vue du mariage futur.

[1] V. *infra*, n° 1660.

798. — Dans la seconde hypothèse, celle d'une dot quittancée sous un pacte secret de se contenter d'une moindre somme, l'obligation du mari ou de ses héritiers, le cas de restitution arrivant, est uniquement réglée par les énonciations du contrat de mariage. Le pacte secret ne saurait même être invoqué contre ces énonciations que la loi reconnaît comme seules obligatoires.

799. — Enfin la charge de restituer la dot, telle qu'elle a été reçue dans le contrat, est imposée au mari, alors même que la quittance qu'il en aurait donnée n'aurait été consentie que *spe futuræ numerationis.* Cette hypothèse est de nature à se réaliser plus souvent que les précédentes. Si les parties tiennent quelquefois à honneur de grossir le chiffre de la dot, l'une d'elles au moins considère comme un honneur plus grand d'obtenir dans le contrat la quittance de ce qu'il n'est pas cependant dans le cas de payer actuellement.

Le droit romain rendait commune au contrat de mariage l'exception *de non numerata pecunia.* [1] Le Code civil a abrogé cette règle. La quittance définitive de la dot donnée par le mari l'oblige à en restituer le montant, alors même qu'il ne l'aurait jamais touché. Le mari commet une insigne imprudence en faisant une fausse déclaration dont il connaît d'avance toute la portée. Cette imprudence suffit pour le faire déclarer non-rece-

[1] L. 3. Cod. *de Dote cauta et non numerata.*

vable à se plaindre de la fraude dont il aurait été la victime.

800. — La contre-lettre qui fixerait la signification réelle de la quittance et déterminerait les obligations du constituant serait nulle à l'encontre de la femme. C'est ainsi qu'on a décidé qu'elle ne pourrait lui être opposée, même à concurrence de sa portion virile dans la succession de son père.

801. — Que si, au lieu d'une contre-lettre, le mari a reçu des obligations souscrites par le constituant, ces obligations deviennent propres au mari qui ne peut contraindre sa femme à les recevoir en compensation de la dot stipulée. Mais ces obligations constituant une dette légitime de la succession du souscripteur, la femme, héritière de celui-ci, serait personnellement tenue de sa part et portion. Le mari pourrait donc la compenser jusqu'à due concurrence avec les sommes qu'il a à restituer.

802. — Enfin, la dot réellement touchée par le mari peut avoir été quittancée par son père, qui en demeure responsable, le cas de restitution arrivant. Cette déclaration peut être attaquée par tous les ayant-droit, c'est-à-dire par les créanciers, par les autres enfants. La justification de la fraude alléguée par les créanciers, agissant en vertu de l'article 1167, déterminerait la nullité complète de l'avantage ainsi concédé par le père. Les autres enfants ne pourraient que le faire réduire à la quotité disponible.



§ II. — FRAUDES PENDANT LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

803. La confusion d'intérêts et de biens résultant du mariage rend la fraude facile pour les époux.
804. La femme peut la commettre par le détournement d'effets mobiliers. Conséquences de ce détournement pour elle et pour ses complices.
805. Par l'aliénation d'un objet quelconque sans le consentement et le concours de son mari.
806. Le consentement tacite suffirait. Comment et par qui peut-il être prouvé?
807. Par la simulation de dettes. Nullité de celles contractées depuis le mariage.
808. Celles résultant des nécessités du ménage se placent dans une catégorie spéciale. Comment elles étaient envisagées sous le droit ancien.
809. Système actuel.
810. La disposition de l'article 1410 rend impossible toute antidate dans l'objet de faire considérer la dette comme antérieure au mariage.
811. La fraude est bien plus à craindre de la part du mari. Précautions de la loi.
812. Révocabilité des donations entre époux pendant le mariage.
813. Refus de récompense pour prétendu paiement de dettes antérieures au mariage.
814. Le paiement de la dette sans date certaine est présumée frauduleux.
815. Le paiement après condamnation obtenue par le créancier donnerait-il lieu à récompense en faveur du mari?
816. Le mari, chef de la communauté, ne peut aliener à titre gratuit l'universalité ou une quotité du mobilier.
817. Motifs de cette prohibition.

833. Lorsque la vente n'est pas faite dans les formes voulues par l'article 1558 du Code civil.

834. A quelle époque peut être exercée l'action soit du mari, soit de la femme ?

835. L'adultère est, de toutes les fraudes, la plus importante par l'influence qu'elle exerce sur le sort des époux, sur l'avenir de la famille.

836. Est une cause de séparation de corps. Différence, quant à ce, entre l'adultère du mari et celui de la femme.

837. Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère existe au moment de la demande en séparation.

838. La séparation de corps relâchant les liens du mariage, l'époux qui l'a encourue serait tenu d'indemniser l'autre des besoins nouveaux qu'il est dans le cas d'éprouver.

839. La séparation de corps entraîne la révocation des avantages faits à l'époux dans le contrat de mariage.

840. Dans quels cas le mari peut-il désavouer l'enfant.

841. Naissance précoce. L'enfant né moins de 180 jours depuis le mariage peut être désavoué par le mari.

842. Effet du désaveu par rapport à l'enfant.

843. Mais l'enfant peut opposer des fins de non-recevoir contre la demande.

844. Gravité de la connaissance de la grossesse avant le mariage.

845. Sous l'ancien droit, on admettait la fréquentation de fait comme équipollent de la connaissance de la grossesse. Le Code civil ne s'arrête qu'à celle-ci.

846. L'assistance du père à l'acte de naissance de l'enfant produirait un effet analogue.

847. Il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance désigne l'enfant comme fils du mari. Il suffit que la mère y soit désignée comme femme mariée.

848. En cas d'absence du mari à l'acte de naissance, pourra-t-on, en justifiant de l'empêchement, prouver qu'il a connu la naissance et avoué la légitimité de l'enfant?

849. La non-viabilité de l'enfant rend le désaveu non-recevable.

869. Conclusion.
870. Quels que soient les termes de l'article 313 du Code civil, la demande en désaveu est recevable avant même qu'il y ait chose jugée sur l'adultère.
871. Mais nous ne pouvons admettre, avec un arrêt de la Cour de cassation, que l'adultère est la conséquence naturelle du recélé de la naissance.
872. L'article 313 exige la preuve préalable de l'adultère, c'est ce que prouve la discussion au conseil d'État.
873. Procédure que doit suivre le mari.
874. L'action en désaveu est personnelle au mari.
875. L'action ne passe aux héritiers que si le mari meurt avant l'expiration du délai accordé pour son exercice.
876. Quels sont les héritiers dont parle l'article 317?
877. Tant que le mari est vivant, nul autre que lui ne peut désavouer l'enfant, conséquemment l'héritier présomptif de l'absent ne serait pas recevable à intenter l'action.
878. Opinion contraire de Merlin.
879. Réfutation.
880. *Quid* du tuteur de l'interdit?
881. Arrêt de Colmar, refusant l'action, cassé par la Cour suprême.
882. Observations contre la doctrine de celle-ci.
883. Les fins de non-recevoir opposables au mari peuvent être opposées à ses héritiers.
884. L'héritier qui aurait personnellement reconnu la légitimité de l'enfant ne pourrait plus le désavouer.
885. Délai accordé au père pour intenter l'action en désaveu.
886. Délai accordé à l'héritier.
887. Différence du point de départ de ce délai, selon que l'héritier est ou n'est pas en possession de l'hérédité.
888. Déchéance encourue si le mari ou l'héritier, après avoir notifié le désaveu en temps utile, n'intente pas l'action en justice dans le mois de cette notification.
889. Quelles personnes doivent être appelées dans l'action en désaveu.

890. Fraudes dont la naissance d'un enfant peut être l'occasion.
891. Différence entre la suppression et la supposition de part.
892. L'enfant à qui on a enlevé sa filiation est admis à la réclamer, s'il a une preuve littérale ou un commencement de preuve par écrit.
893. Que faut-il entendre par le commencement de preuve en cette matière ?
894. A qui appartient l'action en suppression ou en supposition de part.
895. Motifs qui ont fait accorder celle-ci aux parents et autres ayant-droit.
896. Par quels principes est régie l'action des parents et ayant-droit, quant à la preuve ?
897. La prohibition de toute poursuite d'office par le ministère public s'applique au cas de suppression ou de substitution comme à celui de supposition.
898. Conséquence possible de l'action de l'enfant.

803. — Quel que soit le régime adopté par les époux, il naît de leur union une telle confusion d'intérêts et de biens, que la femme, que le mari surtout, trouve des occasions nombreuses et faciles pour se livrer à la fraude. La fraude existe toutes les fois que la propriété commune est abusivement appliquée au profit personnel de l'un des époux.

804. — En tête des moyens que la femme peut employer pour arriver à ce résultat, se place le détournement d'effets mobiliers commis à l'insu et au préjudice du mari. Au point de vue moral, ce détournement constitue un véritable vol que la loi devrait punir, mais l'honnêteté publique répugnait à l'idée d'une femme



traînée sur la sellette de l'infamie à la requête de son époux, du père de ses enfants. De là, la disposition de l'article 380 du Code pénal, aux termes duquel les soustractions des époux, au préjudice l'un de l'autre, ne donnent lieu qu'à une action civile en réparation. Les dommages-intérêts accordés au demandeur sur les biens du coupable entraînaient autrefois la contrainte par corps. La loi de 1832 est venue mettre un terme à cet état des choses, en proscrivant cette voie rigoureuse entre les époux.

Les complices de l'époux ne profitent ni de l'immunité quant à la peine, ni de la prohibition de la contrainte par corps. Remarquons que la seule complicité punissable de peines corporelles est celle qui se trouve définie par le Code pénal et qui réunit les caractères expressément déterminés. L'absence de ces caractères entraînerait donc l'acquittement du prétendu complice.

Cet acquittement, enlevant au fait son caractère de délit, mettrait donc les tribunaux correctionnels dans l'impossibilité d'allouer des dommages-intérêts. Mais leur décision à cet égard n'exercerait aucune influence sur l'action en répression de la fraude dont les tribunaux civils pourraient être investis, répression qui peut être prononcée tant contre l'époux lui-même que contre les tiers qui l'ont assisté. L'allocation des dommages-intérêts pourrait être prononcée avec contrainte par corps contre ces derniers.

805. — La femme qui ne peut, pendant mariage, rien détourner, ne peut non plus disposer de rien sans

le concours et l'assistance de son mari. L'aliénation d'un objet quelconque, même par la femme commune en biens, constituerait donc une fraude dont le mari serait autorisé à poursuivre la réparation tant contre la femme que contre le tiers acquéreur. Pour ce qui concerne celui-ci, la fraude est présumée par cela seul que, connaissant la qualité de la femme, il a consenti à traiter avec elle sans s'être assuré de l'assentiment et du concours du mari. Mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire que le tiers, que la femme elle-même, est toujours recevable à offrir.

806. — Les éléments de cette preuve contraire résident : d'une part, dans la connaissance que le mari aurait eu de la conduite de sa femme ; de l'autre, dans la ratification expresse ou tacite qu'il aurait donnée à l'acte dont il se plaint ; comme si, le fait connu par le mari n'avait amené aucune réclamation de sa part, s'il avait reçu le prix de l'objet aliéné ou si, à son vu et su, ce prix avait été consacré au profit et à l'avantage du ménage. Le législateur, en voulant protéger les époux contre leurs fraudes réciproques, n'a, de près ni de loin, entendu rendre les tiers victimes de leur collusion. Le mari d'ailleurs pourrait très bien laisser sa femme agir seule et prétendre ensuite avoir été spolié pour obtenir ainsi un bénéfice injuste. Ce projet serait facilement supposé, s'il paraissait que le mari a connu et toléré la conduite de sa femme, qu'il l'a encouragée par son silence.

La femme elle-même peut en fournir la preuve et

obtenir ainsi le rejet de l'action intentée par son mari. Le tiers peut mieux encore, car il est exposé à n'être poursuivi que par le résultat d'un concert frauduleux entre les époux. On admet donc qu'alors même que la fraude de la femme serait établie, s'il est prouvé que ceux qui ont traité avec elle ont été de bonne foi, et que, par la nature des relations des époux entre eux, ils ont eu juste motif de croire à l'assentiment du mari, le recours de celui-ci doit être rejeté en ce qui les concerne. C'est à lui, en effet, plutôt qu'aux tiers à répondre des conséquences que sa trop grande confiance en sa femme a pu entraîner. Il suffit que cette confiance ait existé, qu'elle ait été notoirement connue, qu'elle soit devenue la cause déterminante de la conduite des tiers pour qu'ils soient à l'abri de tous reproches sérieux.

C'est donc sur les antécédents des époux que l'attention des magistrats doit particulièrement se fixer. La tolérance habituelle du mari, pour des actes de la nature de celui dont il se plaint, pourrait devenir contre sa demande, une fin de non-recevoir péremptoire. A défaut, sa ratification expresse ou tacite produirait le même résultat.

807. — La femme pourrait trouver une occasion de fraude dans la facilité qu'elle a de simuler des dettes qu'elle prétendrait faire payer par son mari. Mais, comme dans toutes les hypothèses où la fraude est prochaine, la loi n'a pas manqué aux précautions que celle-ci réclamait. Or, de deux chose l'une, ou les

dettes se rapporteront par leur date à une époque postérieure au mariage, ou elles paraîtront l'avoir précédé.

Dans le premier cas, la femme, incapable de contracter sans l'assistance et l'autorisation de son mari, n'a pu ni engager valablement celui-ci, ni s'engager elle-même. La dette réelle ou simulée est donc sans portée, sans conséquence aucune, le tiers qui a traité avec la femme reste personnellement tenu de la nullité que la femme elle-même pourra lui opposer.

808. — Il est cependant des dettes qui échappent à la rigoureuse application de ce principe. La femme est ordinairement chargée de pourvoir aux dépenses de nourriture et d'entretien. Dans cet objet, elle traite avec les fournisseurs, sans l'autorisation spéciale du mari dont elle est, quant à ce, réputée la mandataire. Elle pourrait donc, dans l'exécution de ce mandat et de concert avec ces fournisseurs, exécuter la fraude. Quels seraient, dans cette hypothèse, les droits du mari ?

Notre ancien droit avait admis, pour les dettes de cette nature, une exception au principe de l'autorisation. En conséquence, le mari ne pouvait arguer du défaut de cette autorisation pour se dispenser de les payer. Mais il fallait pour cela que les achats n'eussent pas été trop fréquents et trop considérables, pour que le fournisseur ne fût pas lui-même suspect de fraude ou coupable d'imprudence.[1]

[1] Parlement de Dijon, 8 janv. 1693; — Nouveau Denisart, v° *autor*.

809. — Les principes consacrés par le Code n'ont rien qui répugne à cette solution. Ils reconnaissent, en effet, la possibilité d'un mandat verbal, et certes on ne saurait jamais l'admettre plus justement qu'en faveur de la femme pour tout ce qui concerne les besoins du ménage. Le mari serait donc tenu de l'acquittement des dépenses faites à cette intention, quoiqu'il ne les eût pas actuellement et spécialement autorisées, à moins cependant que l'abus d'un côté, la complaisance, la fraude ou l'imprudence de l'autre, eût poussé ces dépenses au-delà des limites naturelles et justes.

810. — Quant aux dettes se rapportant à une époque antérieure au mariage, le mari a, contre la fraude résultant de l'antidate, un remède assuré dans la disposition de l'article 1410 du Code civil. On sait que cet article n'admet, comme dettes obligatoires, que celles qui ont date certaine avant la célébration du mariage. L'absence de cette condition faisant présumer la fraude, laisse le créancier entièrement désarmé vis-à-vis du mari.

Par rapport à lui, en effet, la présomption de fraude est absolue, n'admettant aucune preuve contraire. Le Code a formellement dérogé sur ce point à notre ancien droit, sous lequel le créancier était admis à faire preuve de la sincérité de la date. Mais il en est autrement de la part de la femme signataire. L'absence d'une date certaine, l'incapacité résultant du mariage a pu faire suspendre l'application, à son encontre, du principe que l'acte fait foi de sa date contre la partie, mais non le

méconnaître d'une manière définitive. En conséquence, le créancier pourra détruire la présomption de fraude que ces circonstances élèvent contre son titre, en prouvant qu'il a été réellement souscrit avant le mariage. Cette preuve acquise fera condamner la femme au paiement de la dette. Mais pendant la durée du mariage, l'exécution de cette condamnation ne pourra être poursuivie que sur la nue-propriété des immeubles personnels à la femme.[1]

811. — Nous venons de voir quelles sont les fraudes que la femme peut tenter et les précautions que la loi a cru devoir prendre en faveur du mari. Hâtons-nous de le dire cependant, celui des deux époux qui a le plus besoin de protection n'est pas le mari, car, non-seulement il a, en sa qualité, des moyens suffisants pour se défendre efficacement, mais encore de beaucoup plus grandes facilités à consommer la fraude au détriment de sa femme. L'autorité du sexe, l'influence que son titre lui assure, la qualité de chef de la communauté, d'administrateur des biens personnels de sa femme, tout, en un mot, lui offre les plus grandes facilités pour préparer et consommer la fraude, dont le désir de réunir sur sa tête la fortune de sa femme lui inspirera l'idée.

812. — Déjà, la crainte qu'il ne voulût arriver à ce résultat au moyen des libéralités qu'il se ferait con-

1. V. *infra*, n[os] 815 et suiv.

sentir a fait admettre le principe de la révocabilité des donations entre époux, faites pendant la durée du mariage. Ce n'était pas assez. On pouvait vouloir déguiser la libéralité sous la forme d'emprunts contractés solidairement par la femme et le mari, et l'article 1431 a décidé que dans ce cas l'obligation de la femme n'est qu'un simple cautionnement à l'égard du mari qui est tenu de la récompenser.

Nous pourrions multiplier les exemples. Nous résumons l'esprit de la loi à cet égard dans ces quelques mots : La femme, pendant le mariage, est présumée, pour tous les actes qu'elle fait en faveur de son mari, céder à une influence qu'elle ne peut ni combattre ni vaincre. En conséquence, elle peut toujours révoquer les libéralités directes qu'elle a faites. Quant aux libéralités indirectes, quelle que soit la forme dont elles ont été revêtues, et malgré son concours direct à l'acte, elle est toujours recevable à quereller l'acte de simulation et à en établir le véritable caractère même par la preuve testimoniale.

813. — La loi va plus loin encore. Elle admet dans certains cas la simulation comme une vérité démontrée, ne permettant même pas la preuve contraire. Nous en trouvons un exemple remarquable dans cet article 1410 dont nous nous occupions tout à l'heure.

Les dettes antérieures au mariage ne sont obligatoires pour le mari que si elles ont date certaine avant la célébration. Le mari qui, nonobstant le défaut de date, acquitte ces dettes, n'a aucune récompense à deman-

der à raison de ce paiement. Le motif de cette prescription, qui peut dans certain cas consacrer une injustice, est facile à saisir : c'est que le mari trouvait dans la supposition de dettes de ce genre, et dans le paiement fictif qu'il paraîtrait en avoir fait, un moyen de s'attribuer la fortune de sa femme en échappant à la révocabilité des donations. On l'encourageait ainsi à se faire consentir des libéralités sous cette forme, ce qui était d'une exécution facile, puisqu'on n'avait qu'à antidater les obligations dont on simulerait l'existence.

814. — Conséquent dans la règle dont il ne s'est jamais départi et que nous avons eu bien de fois l'occasion de rappeler, à savoir : que plus la fraude est facile et plus on doit non-seulement la réprimer, mais encore la prévenir, le législateur n'a pas hésité dans cette circonstance. Le paiement de la dette sans date certaine est présumé frauduleux, on ne paie pas ce qu'on sait ne pas devoir. Conséquemment, si le mari a réellement payé, ou il a reconnu que la dette était celle de la communauté, ou, la sachant personnelle à sa femme, il a voulu faire à celle-ci une libéralité qu'il pouvait croire méritée ; dans l'un comme dans l'autre cas, il ne lui était dû aucune récompense ; à plus forte raison si le paiement et la dette elle-même n'étaient que le résultat d'une simulation.

815. — Si, sur le refus du mari, le créancier de la femme l'a poursuivie et a obtenu contre elle une con-

damnation, faudrait-il encore refuser toute récompense au mari qui aurait plus tard désintéressé le créancier?

L'affirmative a été soutenue sur le fondement que la fraude, qui a présidé dans la supposition de la dette, pourra bien se continuer devant la justice qu'on saura bien mettre dans l'impossibilité de ne pas condamner; qu'on court donc la chance de faire réussir une simulation par une nouvelle simulation plus audacieuse et plus coupable encore.

Cette doctrine condamnerait le mari à ne jamais venir au secours de sa femme, alors même que le créancier aurait commencé l'expropriation de la nue-propriété des biens personnels à celle-ci. Ainsi, ce qu'un tiers serait libre de faire, le mari ne pourrait l'accomplir, alors même qu'un évident intérêt rendrait cet acte d'un immense avantage pour la femme: d'abord, en empêchant la vente à vil prix de ses propres, ensuite en renvoyant à la dissolution du mariage le remboursement des sommes avancées. Nous ne saurions croire que telle ait été l'intention du législateur.

Sans doute une fraude est possible et le danger signalé ne manque pas de gravité. Mais une présomption de fraude, attachée à un jugement rendu sur les conclusions du ministère public, serait un fait trop anormal pour qu'on doive l'ériger en principe. La condamnation judiciaire de la femme fera donc supposer la dette sincère et le paiement légitime, sauf le droit de la femme de justifier la simulation de l'un et de l'autre.

Ainsi, avant toute poursuite, le paiement d'une dette supposée antérieure au mariage, mais n'ayant pas date

certaine, reste pour le compte exclusif du mari, ou soit de la communauté. Le paiement qui a suivi la condamnation de la femme oblige celle-ci à en récompenser le mari, à moins qu'elle ne prouve, soit par titres, soit par témoins ou par présomption, que le jugement lui-même n'a été obtenu que par un concert frauduleux qui lui a été commandé par celui-ci.

816. -- Comme chef de la communauté, le mari a la libre disposition des biens dont elle se compose. L'exercice de cette faculté pouvait entraîner de graves abus, de nombreuses fraudes contre la femme. C'est dans cette prévision que la loi a d'abord songé à en réglementer l'exercice, eu égard aux libéralités que le mari pourrait vouloir consentir.

L'article 1422 lui prohibe le droit de disposer entre vifs et à titre gratuit des immeubles, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs; de retenir l'usufruit des effets mobiliers qu'il lui est permis de donner à titre particulier à toutes personnes.

817. — Le législateur, en assurant au mari la libre disposition des biens communs, a entendu que l'exercice de cette faculté fût marqué au coin de la loyauté et de la justice; qu'elle ne dépassât jamais les limites que la copropriété impose aux intéressés. Tout ce qui s'écarte de ce caractère, tout ce qui tendrait à enrichir exclusivement le mari ou à dépouiller la femme en faveur de tiers par lui élus, doit être sévèrement proscrit.

C'est, au reste, ce qui est formellement rappelé dans l'article 1437.

818. — Les actes faits contrairement aux prescriptions de l'article 1422 sont présumés, de plein droit, appartenir à l'une de ces deux hypothèses. Il sont, en conséquence, frappés d'une nullité radicale comme faits en fraude de droit de la femme.

819. — Ce que cette volonté ferme de la loi à cet égard peut faire naturellement présumer, c'est que le mari aura recours à la simulation pour déguiser la fraude. C'est sous l'aspect d'un acte à titre onéreux qu'il cachera les libéralités qu'il ne peut faire d'une manière directe. Mais la femme est toujours recevable à contester le caractère de l'acte, à demander, soit aux présomptions, soit à la preuve orale, la justification de la simulation et de la fraude.

820. — Au nombre et au premier rang des présomptions pouvant fournir cette preuve, se place celle tirée de la qualité de la partie qui a traité avec le mari, comme si elle était son héritier présomptif ou si celui-ci se trouvait être le sien. L'identité d'intérêt naissant de cette circonstance a toujours été signalée comme un grave indice de fraude, alors même que la législation permettait au mari de donner les immeubles de la communauté. [1] La vente consentie à une pareille personne était, par cela même, considérée comme une donation faite à un incapable, c'est-à-dire au mari lui-même.

[1] Pothier, *de la Communauté*, n[os] 480 et suiv.

Sous l'empire de notre droit actuel, il n'y a fraude acquise que lorsque l'acte, sous l'apparence d'un titre onéreux, est reconnu ne renfermer qu'une libéralité pure. Il faut donc *a priori* établir l'existence de la simulation. L'identité d'intérêt entre l'héritier présomptif d'un individu et cet individu lui-même pourrait ne pas paraître suffisante dans telle ou telle hypothèse pour qu'on admît cette simulation, mais, à coup sûr, elle serait dans toutes d'un poids très grave : et, pour peu qu'elle se trouvât étayée par quelques autres circonstances, elle serait de nature à entraîner et à lier la conviction du juge.

821. — Les circonstances qui peuvent, indépendamment de la qualité des parties, indiquer et prouver la simulation sont : l'époque de la vente, si elle a été faite pendant la maladie de l'un des époux ou depuis l'instance en séparation ; le défaut de prix ou sa vileté ; la position de fortune du prétendu acquéreur ; ses relations d'intimité avec le mari ; l'absence chez celui-ci de tout besoin de vendre, ou la continuation après la vente de l'état de gêne dans lequel il se trouvait avant ; la rétention de la propriété sous prétexte de relocation ; le paiement des contributions ; les réparations faites à l'immeuble postérieurement à la vente ; enfin, tous les actes dont l'existence ne pourrait se concilier avec l'idée d'un désinvestissement sérieux et réel ; l'aveu échappé au mari sur le véritable caractère de la prétendue vente.

822. — Le rejet de la prétention touchant la simulation et le maintien de la vente comme sincère ne s'opposeraient nullement à ce que la femme demandât et obtînt une récompense, si le mari, s'appropriant le prix de l'aliénation, en avait frustré la communauté.

823. — Les principes applicables aux ventes d'immeubles régissent l'aliénation de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Celle qui ne serait, en réalité, qu'une donation déguisée devrait être annulée sur la poursuite de la femme ou de ses héritiers. Les meubles ayant fait l'objet de cette donation pourraient même être revendiqués contre le tiers jusqu'à concurrence de la récompense due à la femme, si les biens restant libres à la communauté ne pouvaient y suffire. Les droits du possesseur en matière de meubles méritent sans doute la plus grande considération, mais la simulation de la vente admise, il n'y a plus qu'une donation prohibée ayant pour conséquence inévitable d'anéantir le titre en vertu duquel le tiers est en possession. On ne saurait, dans aucun cas, préférer le donataire au créancier, au copropriétaire de l'objet donné sans son consentement et contre ses intérêts.

824. — Le mari a la faculté de donner à toutes personnes, à titre particulier, le mobilier de la communauté, mais cette faculté doit être entendue et appliquée sans abus. Bientôt, en effet, la multiplicité des dispositions particulières, leur importance, absorberaient les facultés de la communauté en fraude des

droits de la femme et rendraient illusoire la prohibition de l'article 1422. Il faut, en effet, reconnaître que cette faculté prête singulièrement à l'abus et qu'il paraît quelque peu contradictoire qu'en prohibant au mari de donner une quotité du mobilier valant quelques centaines de francs, on lui permettra de donner, à titre particulier, un capital ou une somme de dix, de vingt mille francs. Cette apparente anomalie indique quelle a été la véritable pensée du législateur, pensée dont il importe de se bien pénétrer pour ne pas donner à son expression plus d'étendue qu'elle n'en comporte.

825. — On doit d'abord rechercher le véritable caractère de la donation à titre particulier dans l'époque qui l'a vue se produire. « Ainsi, dit M. Chardon, si le mari, pendant une instance en séparation, avait distribué gratuitement une partie importante de son mobilier à diverses personnes et à titre particulier, l'intention de nuire à la femme plutôt que de se livrer à des actes de pure bienfaisance étant certaine, il serait difficile de rejeter les plaintes de la femme.

« Que, prêt à succomber à une maladie grave, un mari fasse des dons particuliers d'effets mobiliers, on ne pourrait voir, dans ces générosités tardives, que des infractions à l'article 1422, et, dans le mode employé, qu'un détour frauduleux pour échapper à sa prohibition. Il faudrait donc réputer ces dons testamentaires, et, comme tels, les imputer sur la part du mari dans la communauté.

« La même sévérité serait justement inspirée par des

dons de meubles que ferait un mari pendant la maladie qui se terminerait par la mort de sa femme. C'est le sentiment de Lebrun, de Pothier, de Merlin. Il serait d'autant plus juste de le suivre, que quand même on ne serait pas convaincu que le mari a agi dans un esprit de fraude, au moins est-il constant qu'il a commis un abus intolérable d'autorité en abandonnant ainsi des objets dont il savait que bientôt il n'aurait plus le droit de disposer.[1] »

Dans quelques circonstances que se soit réalisée la donation à titre particulier, si elle a été précédée ou suivie d'autres actes de même nature, si son importance est telle qu'on puisse supposer que le but principal de son auteur a été de priver sa femme de la part que la loi lui assurait, on ne doit pas hésiter à en anéantir les effets à l'égard de celle-ci. Ce que la loi a voulu en sanctionnant le droit de donner à titre particulier, c'est que le mari ou ses héritiers ne fussent pas injustement tourmentés pour quelques minces largesses faites de bonne foi et sans fraude. Tout ce qui s'écartera de ce caractère essentiel devra facilement être considéré comme frauduleux.

826. — La fraude est de plein droit présumée par la réserve de l'usufruit de la chose donnée, stipulée en faveur du donateur. Dans ce cas, en effet, le mari dépouille sa femme sans se dépouiller lui-même. La donation devient bien plutôt une disposition testamentaire

[1] Tom. II, p. 173.



qu'une véritable donation. Sous l'un comme sous l'autre aspect, il y a lieu soit d'indemniser la femme, soit d'imputer la valeur des objets donnés sur la part du mari dans la communauté.

La réserve d'usufruit peut n'être pas stipulée à l'effet d'éluder la disposition de l'article 1422, mais son existence est de nature à être prouvée par témoins. Elle peut également résulter de présomptions et d'indices dont l'appréciation est abandonnée aux lumières et à la prudence des juges. L'exécution, en ce sens que la donation aurait reçue, dispenserait de toute autre preuve. C'est ce que le parlement de Paris décida le 7 septembre 1717. [1] C'est ce qui a été depuis maintes fois consacré par la jurisprudence moderne. [2]

Il serait impossible de prévoir tous les développements que le mari peut imprimer à la fraude dans l'exécution du pouvoir qui lui est conféré sur les biens de la communauté. Mais les principes qui précèdent suffiront, par leur application, à résoudre toutes les hypothèses qui se présenteront.

827. — Nous terminons sur ce point en examinant une difficulté que les termes de l'article 1422 ont fait naître relativement aux donations à titre particulier. La loi permet au mari de les faire à toutes personnes, d'où l'on a voulu conclure qu'elle avait dérogé aux règles applicables soit à l'interposition de personnes pré-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *indices*, n° 2.
[2] Bruxelles, 13 août 1813; — Orléans, 29 juillet 1822.

sumées, soit à celle qui doit être prouvée. Mais on a répondu que s'il existe un principe certain, c'est que le mari n'a pas le pouvoir de se donner à lui-même. Ce principe n'avait pas besoin d'être expressément rappelé, il résulte de la force des choses, il ressort d'ailleurs de la disposition de l'article 1437. Or, le mari qui donne à une personne interposée en sa faveur se donne réellement à lui-même, il fait donc ce qu'il ne peut pas faire, ce qui ne saurait, dès-lors, produire le moindre effet. L'interposition de personne serait, dès-lors, un moyen de nullité de la donation que rien n'empêche les parties intéressées de faire valoir. Légalement présumée dans les hypothèses prévues par l'article 911, elle pourra, dans tous les autres cas, être prouvée tant par témoins que par présomptions.

828. — Comme administrateur des biens de sa femme, le mari a la facilité de commettre des fraudes, soit en dissimulant tout ou partie du mobilier échu à la femme, soit en stipulant des avantages secrets dans les partages, vente ou échange des immeubles personnels à celle-ci.

829. — En prévision de la première hypothèse, la loi oblige le mari à faire dresser inventaire des facultés mobilières que la femme est appelée à recueillir. Faute par lui d'y procéder, comme en cas d'infidélité dans l'accomplissement de cette mission, la femme ou ses héritiers seront admis à prouver la consistance de ces facultés tant par témoins que par commune renommée.

830. — Le second cas constitue une fraude ordinaire, comme lorsque, chef de la communauté, le mari crée des dettes fictives, s'applique les sommes empruntées ou le prix provenant de l'aliénation des biens communs. La répression de cette fraude est donc laissée aux règles ordinaires. C'est à la femme qui l'allègue à la prouver par toutes les preuves autorisées par la loi. Le mari ne serait pas recevable à contester l'admissibilité de la preuve orale sous prétexte que la femme aurait signé la vente, le partage ou l'échange. Le concours qu'elle a donné à l'acte ne peut s'entendre que des stipulations apparentes que cet acte renferme, et jamais de celles que le mari aurait exigées à son insu et contre ses intérêts.

831. — La femme tenue de son dol, l'est également de sa fraude. Conséquemment, les simulations concertées par elle et son mari ne sauraient nuire aux tiers qui ont contracté avec eux dans l'ignorance de ces simulations. Ainsi, lorsque les époux, se plaçant frauduleusement dans un des cas prévus par l'article 1558, ont obtenu de la justice l'autorisation de vendre le fonds dotal, l'effet de cette vente est irrévocablement acquis en faveur des tiers restés étrangers à l'acte des époux et qui se sont rendus acquéreurs de bonne foi. [1]

Sans doute la femme peut n'avoir obéi qu'à l'influence irrésistible dont nous parlions tout à l'heure.

[1] Caen, 12 juin 1842; — Devilleneuve, 42, 2, 462; — Cass., 17 mars 1847; — D. P., 47, 1, 151.

Aussi ne devrait-on pas lui refuser son recours contre le mari. Mais ce motif n'a aucune autorité réelle contre l'acquéreur, devant d'autant moins suspecter le caractère de la vente, que son opportunité avait été, après examen, consacrée par la justice.

832. — Mais l'aliénation du fonds dotal ne pouvant être réalisée qu'aux formes et dans les cas nommément prévus par la loi, il en résulte que si par fraude les époux ont demandé l'autorisation d'aliéner hors ces cas, la vente est nulle contre le tiers de bonne foi, alors même qu'elle n'eût été faite qu'en vertu d'un jugement. La justice elle-même n'a pas le pouvoir de violer la loi; l'erreur ou la surprise à laquelle les juges auraient obéi ne peut donc créer un titre régulier. Personne n'est censé ignorer la loi. L'acquéreur d'un fonds dotal doit s'assurer d'abord si le cas pour lequel l'aliénation est autorisée rentre dans ceux prévus par les articles 1555 et suivants. S'il néglige ce devoir, il s'associe, autant qu'il est en lui, à la violation de la loi, et cette imprudence grave l'expose au recours de la femme ou de ses héritiers.

Il n'y a, à cet égard, aucun doute à concevoir. La prohibition d'aliéner le fonds dotal est impérative et absolue. Elle n'admet d'autres exceptions que celles formellement prévues; à tel point qu'il est aujourd'hui consacré que la vente pour empêcher le mari d'être mis en prison est nulle, la loi ne la permettant que pour l'en tirer. [1]

[1] Cass., 26 avril 1842; — D. P., 42, 1, 250.

C'est ce même principe que la Cour d'Aix vient d'appliquer dans l'espèce suivante :

Les époux d'Heureux, voulant créer un établissement de bains sur un immeuble dotal et ayant fait de nombreuses dépenses, s'adressèrent au tribunal de Marseille, et, sous prétexte de l'amélioration du fonds dotal, lui demandèrent l'autorisation de l'hypothéquer jusqu'à concurrence des dépenses nécessaires. 31 mars 1841, jugement qui accorde cette autorisation.

En vertu de ce jugement et par actes des 16 avril et 22 mai suivants, les époux d'Heureux empruntent une somme de 10,000 francs de la dame Thérèse Leouffre, veuve Mottet. Il est formellement énoncé dans ces actes que cette somme de 10,000 francs est destinée à payer à un marchand de meubles les objets mobiliers par lui fournis et à un chaudronnier-plombier les travaux en chaudronnerie, plomberies et pompes par lui faits pour l'établissement des bains. Ce double emploi est effectivement réalisé. Une hypothèque est consentie sur le bien dotal et sur celui du mari solidairement.

Par acte du 26 mai 1845, la dame Leouffre, veuve Mottet, cède sa créance à la caisse hypothécaire. Celle-ci ayant poursuivi l'expropriation des biens hypothéqués, la dame d'Heureux demande la radiation de cette saisie en tant qu'elle porte sur ses biens dotaux. Les motifs par elle invoqués sont : 1° que la loi qui autorise l'aliénation du bien dotal ne permet pas de l'hypothéquer ; 2° parce que, dans tous les cas, le tribunal de Marseille ayant autorisé l'aliénation hors des cas voulus par

la loi, tout ce qui avait été fait en vertu de cette autorisation était radicalement nul.

Ce système est repoussé par le tribunal de Marseille. Mais, sur l'appel, le jugement est infirmé le 5 août 1850. L'arrêt, remarquablement rédigé par l'éminent président, M. Lerouge, après avoir établi que la faculté d'aliéner entraîne celle d'hypothéquer, considère sur la question qui nous occupe :

« Que la femme mariée sous le régime dotal conserve, en général, lorsqu'il ne s'agit point de sa dot, la capacité de contracter que lui attribue le droit commun ; qu'elle peut ainsi vendre, hypothéquer ses biens paraphernaux avec l'autorisation de son mari ou de la justice ;

« Que la prohibition d'aliéner, d'hypothéquer ses biens dotaux émane uniquement de la loi qui les met hors du commerce, par des raisons d'intérêt public, dans une pensée d'ordre et de conservation ; que cette loi d'inaliénabilité ne tient donc pas à l'incapacité des personnes, mais à la faveur de certains biens, et c'est par ce motif qu'elle est rangée dans la classe des statuts réels ;

« Qu'il suit de là, en premier lieu, que l'intervention de la justice, appelée à autoriser l'aliénation ou l'hypothèque de l'immeuble dotal, n'a pas pour objet de relever soit le mari, soit la femme d'une incapacité personnelle de contracter, mais de lever la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux dans les cas d'exceptions déterminées par la loi ;

« En deuxième lieu, que, hors de ces cas d'excep-

tions, l'autorité judiciaire est impuissante à conférer aux époux la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer valablement le fonds dotal, car elle a mission d'appliquer et de faire exécuter la loi et non la violer en créant des exceptions à la prohibition d'ordre public qui interdit l'aliénation ou l'hypothèque des biens dotaux en dehors des cas déterminés par la loi. »

835. — L'article 1558 du Code civil en permettant la vente du fonds dotal, en a en même temps prescrit la forme. Elle doit avoir lieu aux enchères et après trois affiches. Ce mode est de rigueur et ne peut être modifié. Sa violation ferait présumer la fraude, ne pouvant être expliquée que par le désir de restreindre la publicité et d'écarter les concurrents. La femme ou ses héritiers pourraient donc poursuivre plus tard la nullité, sans qu'on pût, comme dans le cas précédent, tirer du jugement d'autorisation une fin de non-recevoir contre leur demande.

Ces principes ne doivent point être négligés. Celui qui se rendra acquéreur ou à qui on s'adressera pour hypothéquer le fonds dotal, doit, avant tout, se faire représenter le jugement autorisant l'une ou l'autre. Il ne devra acheter ou prêter que dans l'hypothèse où le fait motivant l'autorisation rentre expressément dans la classe de ceux auxquels la loi applique ce caractère. En cas de vente, il ne devra en accepter aucune, si ce n'est aux enchères et en se faisant justifier des trois publications. A ces conditions seulement, il sera à l'abri de

tout recours, alors même que les époux auraient frauduleusement supposé un fait qui n'existait pas.

834. — L'action du mari pour les fraudes de la femme est recevable en tout temps ; celle de la femme pour les fraudes du mari n'est admissible qu'à la dissolution du mariage. En effet, tant que le mariage existe, la femme n'a sur les biens de la communauté qu'un droit d'expectative qui ne devient définitif qu'au moment où, l'association arrivée à son terme, le partage de l'actif amène la liquidation de la portion qu'elle doit recueillir. Jusque-là elle est même sans intérêt pour agir, car elle ignore si le mari ne lui fera pas un compte exact et ne lui attribuera pas volontairement l'indemnité qu'elle a droit de réclamer.

Cette règle n'est pas cependant tellement absolue qu'elle ne puisse supporter une exception. Ainsi, la femme qui a à faire réprimer une fraude commise dans la disposition de ses biens personnels pourra poursuivre cette répression avant la dissolution du mariage. On devrait également l'admettre à le faire dans tous les cas, s'il y avait justes motifs de craindre la disparition des preuves qu'elle est dans le cas d'invoquer. Il ne faudrait pas, par un scrupule qui a son origine dans un sentiment très respectable, exposer la femme à subir un préjudice dont on lui aurait fait perdre les moyens de prouver l'existence.

835. — De toutes les fraudes que le mariage peut amener, la plus importante, sans contredit, par ses con-

séquences sur le mariage lui-même, sur l'état des enfants, sur l'avenir de la famille, c'est l'adultère. Ce n'est plus, en effet, seulement un intérêt pécuniaire mis en péril, c'est la vie commune rendue intolérable, c'est l'honneur des époux compromis, c'est la famille elle-même grevée d'une funeste, d'une déplorable responsabilité.

L'antiquité considérait l'adultère comme un crime et le punissait du dernier supplice. Notre civilisation moderne l'a fait descendre au rang des simples délits. L'adultère n'a même plus aujourd'hui le caractère d'un délit social. Toute initiative est formellement interdite au ministère public. Seul autorisé à le dénoncer ou à le poursuivre, le mari a de plus la faculté de faire tomber les effets de la condamnation, que son pardon rend comme non avenue.

La constatation, la poursuite et la répression de l'adultère n'appartiennent pas aux matières que nous avons à examiner. Nous devons donc nous borner à nous en occuper quant aux effets qu'il produit relativement à la personne et aux biens, à l'influence qu'il peut exercer sur l'état de la famille. Ces effets fort graves sont : d'une part, la séparation de corps; de l'autre, le désaveu.

836. — L'adultère est une cause de séparation de corps. L'époux coupable a tellement forfait à ses obligations, violé tous ses devoirs, qu'il n'a plus le droit de contraindre son conjoint à remplir les engagements qu'il avait de son côté contractés.

La loi ne distingue pas, à l'endroit de la séparatoin ,

l'adultère du mari de l'adultère de la femme. Mais la force des choses l'amenait à une différence essentielle dans l'application de ce principe. Les conséquences de l'acte de la femme sont indépendantes des circonstances de temps et de lieux qui l'ont vu s'accomplir. Le préjudice grave qui peut en résulter pour l'époux est de nature à se réaliser à toutes les époques, dans tous les lieux.

L'adultère du mari, au contraire, est plutôt une injure pour la femme qu'une cause de préjudice réel. L'ignorance de celle-ci, sur ce qui se passe loin de ses yeux, enlève au fait toute son importance qui ne saurait dans aucun cas atteindre à un certain degré de gravité.

Il était impossible d'omettre ces considérations dans l'appréciation juridique du tort des époux. Leur influence devait être et a été en effet décisive. L'adultère de la femme autorise, par le fait seul de sa perpétration, l'admission de la séparation de corps demandée. Peu importe qu'il ait été commis dans ou hors le domicile conjugal; qu'il ait été ou non actuellement connu du mari. Il suffit que la preuve en soit administrée au moment de la poursuite en séparation, pour que cette poursuite soit recevable et fondée.

La femme ne peut obtenir sa séparation, pour cause d'adultère du mari, que si cet adultère a été consommé dans la maison commune. L'introduction d'une concubine dans le domicile conjugal dénote un tel mépris pour l'épouse légitime, la place dans une position tellement délicate, qu'on ne pouvait lui imposer la vie

commune, rendue insupportable par le voisinage d'une insolente, d'une odieuse rivale.

837. — Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère soit acquise au moment où la séparation est demandée, ni qu'elle résulte d'un jugement ayant condamné l'époux coupable. L'articulation du fait dans la requête en séparation motive une enquête dans laquelle l'époux demandeur aura la faculté de fournir les preuves sur lesquelles le tribunal investi appuiera sa décision.

838. — L'adultère était autrefois une cause de divorce. L'abolition de celui-ci ne permet plus aux époux que la séparation de corps. Celle-ci ne laisse pas que d'être pour les époux un événement capital. Car, si elle ne brise pas les liens matrimoniaux, elle les relâche d'une manière sensible. L'époux qui l'a encourue devrait être tenu d'indemniser l'autre des inconvénients qu'il est dans le cas d'en éprouver, des besoins nouveaux qui peuvent en surgir.

839. — On a longtemps agité la question de savoir si la séparation de corps entraînait la révocation des avantages consentis à l'époux dans le contrat de mariage. Cette question, fortement controversée en doctrine, était devenue l'occasion d'une profonde dissidence entre la majorité des Cours d'appel et la Cour de cassation.

Celle-ci tenait pour la négative, qu'elle fondait d'abord sur le silence gardé par le législateur. Il faut, en

effet, remarquer que, pour ce qui concernait le divorce, la loi s'était formellement expliquée dans l'article 299, tandis qu'elle se taît à l'endroit de la séparation de corps. Fallait-il appliquer à celle-ci la disposition sanctionnée pour le divorce? Mais les choses ne sont pas égales pour l'un et pour l'autre. Le divorce, en effet, rompt le mariage, rend les époux étrangers l'un à l'autre, leur prohibe même de se réunir. La séparation de corps, au contraire, laisse subsister le mariage dont les liens reprennent toute leur force par la réconciliation des époux. Cette réconciliation, que la loi appelle de ses vœux, elle a voulu la favoriser en laissant exister entre les époux des points de contact, des relations obligées dont la fréquence peut triompher des sentiments qui les avaient portés à se séparer. On ne peut donc raisonnablement conclure du divorce à la séparation.

D'autre part, disait la Cour de cassation, l'article 959 déclare que les donations faites en faveur du mariage ne seront pas revocables pour cause d'ingratitude. Or les donations que les époux se font respectivement dans leur contrat sont réellement consenties en faveur du mariage, car elles ont pu déterminer le consentement. L'adultère même n'est qu'une odieuse, qu'une révoltante ingratitude; on violerait donc l'article 959 si on lui reconnaissait pour effet de revoquer les avantages portés au contrat, alors même qu'il a déterminé la séparation.

Cette doctrine de la Cour de cassation, à diverses reprises consacrée par elle, avait ramené quelques Cours d'appel. Mais le plus grand nombre n'avaient pas cessé

de professer l'opinion contraire. Cette persistance a fini par triompher. La Cour de cassation est revenue de sa jurisprudence et a décidé enfin que la séparation de corps entraîne la révocation des avantages faits à l'époux dans le contrat de mariage. Nous transcrivons les motifs de cet arrêt parce qu'ils résument les raisons sur lesquelles s'étayaient ceux qui soutenaient l'opinion que l'arrêt consacre.

« Attendu que dans notre ancienne législation, et lorsque la séparation de corps était seule admise, l'époux qui l'obtenait avait le droit de faire prononcer la révocation des donations qu'il avait faites à son conjoint; que le Code civil, en instituant le divorce, en même temps qu'il maintenait la séparation de corps, s'est approprié cette règle, et y a même ajouté en déclarant par son article 299 que l'époux contre lequel le divorce serait prononcé perdrait de plein droit tous les avantages que l'autre époux lui avait fait; que si cette disposition n'a pas été répétée dans le chapitre spécial relatif à la séparation de corps, ce chapitre fait partie du titre du divorce et suit immédiatement le chapitre qui règle les effets du divorce, dont les dispositions, en tant qu'elles ne sont pas inconciliables avec la séparation de corps, en doivent aussi régler les effets; que c'est ainsi que les tribunaux appliquent journellement les dispositions des articles 301, 302 et 303, dans le cas de séparation; que la disposition de l'article 299, loin d'être inconciliable avec la séparation, n'est que la réproduction, sous une autre forme, du principe consacré par l'ancienne législation; que la déchéance des



avantages stipulés soit dans le contrat de mariage, soit pendant le mariage, encourue par l'époux contre lequel la séparation ou le divorce a été admis, est la conséquence des torts de l'époux avantagé, d'où naît une cause d'indignité qui ne peut être effacée par le choix que l'époux a fait, entre la voie du divorce et celle de la séparation ; que cette cause doit produire les mêmes effets dans l'un et l'autre cas, puisque l'article 306 déclare que la demande en séparation peut être formée pour les mêmes faits qui donnent lieu à la demande en divorce ;

« Que les dispositions de l'article 1518 ne démontrent pas moins l'intention du législateur de faire, de la déchéance des avantages stipulés entre époux, une conséquence de la séparation de corps aussi bien que du divorce, puisqu'il fait résulter également de l'une et de l'autre la déchéance du préciput conventionnel ; que l'assimilation légale de la séparation au divorce, surtout depuis la loi du 8 mai 1816, résulte d'ailleurs expressément de l'article 2 de cette loi, qui convertit en instances en séparation de corps toutes les demandes et instances en divorce alors pendantes devant les tribunaux ;

« Attendu qu'en cet état de la législation, les questions qui peuvent s'élever sur la déchéance des avantages que se sont faits les époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, doivent être décidées par les dispositions contenues au titre du divorce, sans qu'il y ait lieu de recourrir au titres des donations ; que l'article 959 qui déclare non révocables pour cause

d'ingratitude les donations en faveur du mariage, ne peut dès-lors, quelle que puisse être l'étendue de ses termes, être invoqué lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de la séparation de corps sur les avantages stipulés entre époux.[1] »

Ainsi, le nouveau législateur n'a voulu innover en rien sur ce qui était admis par la législation précédente. Il a seulement renforcé le principe de la déchéance des avantages matrimoniaux; lorsque de la séparation de corps il en a transporté l'application au divorce. De là l'article 299 qui ne déclare qu'une seule chose, à savoir : qu'en cas de divorce cette déchéance s'opère de plein droit, sans qu'il soit besoin de la demander. Ainsi fixé, le sens de larticle 299 n'autorise nullement à refuser, dans le cas de séparation, un droit que rien n'est venu proscrire et qui, préexistant au Code civil a dû nécessairement se continuer à défaut d'une disposition contraire. Tout ce qu'on peut conclure, c'est donc que la séparation de corps ne jouit pas d'un privilége exclusif au divorce : la déchéance de plein droit. Mais l'époux qui la demandera doit l'obtenir, parce qu'il ne serait ni moral ni juste de maintenir le bienfait sur la tête de celui qui s'en est rendu indigne. Telle est du moins la doctrine qui s'infère de l'arrêt que nous venons de rapporter.

Cet arrêt rendu par les Chambres réunies, après deux jours de délibération et contrairement aux conclusions de M. le procureur-général Dupin, nous paraît devoir

[1] Cass., 23 mai 1845; — J. D. P., t. 1, 1845, p. 625.

fixer la jurisprudence. Aura-t-il pour effet de clore la discussion que la question a fait naître? C'est ce que l'avenir nous apprendra. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation, en réformant sa propre jurisprudence, a donné un nouvel et éclatant témoignage de sa haute sagesse, de son mépris pour ce sentiment d'amour-propre qui fait persévérer dans l'erreur qu'on a pu commettre. De pareils exemples, venus de si haut, sont toujours bons à proposer, car ils sont excellents à suivre.

Ainsi, l'adultère motivant la séparation de corps, autorise la révocation des avantages faits à l'époux convaincu. Cet effet est commun à l'adultère de la femme et à celui que le mari a commis dans le domicile conjugal. L'effet étant le même, la même peine était une conséquence inévitable.

840. — Nous arrivons à l'une des matières les plus délicates de notre droit : le désaveu de la paternité. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari celui dont la naissance se rattache au mariage est également présumé appartenir aux époux. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant a la possession d'enfant légitime et jouit en conséquence desavantages et des prérogatives attachés à cette filiation.

En réalité, cependant, cette filiation peut n'être qu'un audacieux mensonge, soit qu'abusé indignement, le mari ait épousé une femme portant dans son sein le triste fruit de son inconduite ; soit que, infidèle depuis le mariage, l'épouse ait rencontré dans des relations

illégitimes cette maternité qu'elle ne devait demander qu'à son époux.

Dans ces circonstances, l'introduction de l'enfant dans la famille légitime est un véritable vol au préjudice de celle-ci, au préjudice du mari lui-même, auquel on ne pouvait imposer la paternité sans blesser les plus simples notions de l'équité et de la justice, sans pousser le respect pour la fiction jusqu'à la plus absurde idolâtrie. De là la faculté de désaveu dont la consécration dépouille l'enfant de la femme du nom et de la position que celle-ci n'a pas craint de lui donner.

La consécration du désaveu est donc le renversement de la règle : *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant*. Or, le mari ou ses héritiers ne peuvent arriver à ce résultat qu'en prouvant : ou que l'enfant, qu'on dit issu du mariage, n'a été conçu que depuis la dissolution ou avant sa célébration ; ou que, conçu et né pendant le mariage, il n'a pu avoir pour père le mari. Le désaveu se rapportera donc nécessairement à l'une de ces hypothèses : naissance précoce, naissance tardive, impossibilité de cohabitation entre les époux.

841. — L'appréciation des deux premières amenait comme conséquence forcée la détermination d'une règle devant en diriger l'exercice. L'intérêt public est trop intéressé à la fixation de l'état des familles pour qu'on pût abandonner au caprice et à l'humeur d'un époux plus ou moins offensé l'emploi discrétionnaire d'une arme aussi redoutable, aussi terrible dans ses résultats. Pénétré de cette idée, le législateur, après de nom-



breuses et savantes recherches phisiologiques, après avoir interrogé les sources de la science les plus élevées, les plus pures, a arrêté le délai de six mois et de dix mois comme le terme de la plus courte et de la plus longue gestation.

En conséquence, l'enfant né moins de 180 jours depuis la célébration du mariage pourra être désavoué par le mari. Remarquons les termes de la loi : pourra être désavoué. Cependant l'enfant ainsi mis au monde est nécessairement conçu avant le mariage et dès-lors illégitime. Mais l'époque de sa naissance, la faveur qui résulte du mariage, l'application, même dans ce cas, de la maxime *pater is est* etc... attachent à cette naissance une présomption de légitimité suffisante pour lui assurer la possession d'état d'enfant légitime, tant que le désaveu n'est pas venu le lui arracher. Ce désaveu n'est lui-même qu'une faculté laissée au mari, dont le silence équivaut à la reconnaissance formelle de la paternité.

842. — Mais le désaveu fondé sur la naissance précoce doit nécessairemet réussir. Ce n'est plus alors qu'une affaire de date. Si réellement conçu avant mariage, l'enfant ne peut réclamer le bénéfice de la maxime *pater is est* qui présupose l'existence du mariage, il ne peut non plus prouver qu'il est le fils de l'homme qui a épousé sa mère, car la recherche de la paternité n'est pas autorisée. Il doit dès-lors fatalement succomber sous la réalisation de l'instance en désaveu.

843. — Toutefois cette instance n'est pas elle-

même recevable dans tous les cas, et l'enfant qui n'aurait rien à dire au fond, peut toujours opposer des fins de non-recevoir à l'admission de la demande. Ces fins de non-recevoir, pour être utilement invoquées, doivent avoir pour objet d'établir que le désavouant avait d'abord accepté la paternité. Cet effet, la loi le fait résulter : 1° de la connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° de l'assistance et de la signature à l'acte de naissance de l'enfant.

L'importance que la loi attache à chacune de ces circonstances n'a pas besoin d'être justifiée. S'il est vrai, comme le disait un ancien et illustre magistrat, que ce qui décide de la naissance de l'homme, de sa filiation, n'est pas le degré de certitude, mais le degré de vraisemblance ; s'il est vrai qu'en cette matière l'impossibilité de preuves certaines, véritables et authentiques, force de recourir à des conjectures, à des présomptions, à des probabilités, [1] pouvait-on en appeler de plus pertinentes, de plus décisives à l'appui du fait à prouver, l'aveu de la paternité.

844. — La connaissance de la grossesse de celle qu'on épouse peut-elle être interprétée autrement que comme la preuve qu'on en est soi-même l'auteur ? Et si cette explication se présente d'abord à l'esprit, si elle est la seule raisonnable, la seule plausible, on ne pouvait lui refuser les conséquences qui en découlent forcément à l'endroit de la paternité. Le désaveu qu'en fait

[1] D'Aguesseau, 34e P., t. III, p. 120.

ultérieurement le mari est d'avance frappé d'invraisemblance, on ne peut plus le considérer que comme une odieuse, une infâme spéculation, qu'il importait d'arrêter dès le début.

On n'épouse pas la femme qu'on sait enceinte des œuvres d'autrui. Conséquemment, si la connaissance de la grossesse de la future n'a pas empêché le mariage de s'accomplir, c'est que le futur s'est formellement reconnu le seul auteur de cette grossesse et, par une déduction logique, le père de l'enfant qui doit en naître. Le bénéfice de cet aveu est définitivement acquis à celui-ci, et sa légitimité est à l'abri de toute contestation ultérieure de la part de son père.

845. — Notre ancienne jurisprudence allait plus loin encore. Le principal fondement de la maxime *pater is est...*, disaient les docteurs, est la fréquentation légale que le mariage entraîne entre les époux. Donc, si cette fréquentation a existé de fait avant le mariage, elle fera présumer la paternité, et cette présomption recevra du mariage qui a suivi un degré de force, d'évidence, d'autorité à laquelle il paraît presque impossible de résister.[1] On admettait donc la preuve de la fréquentation comme suppléant et faisant présumer celle de la connaissance de la grossesse.

Le Code civil a repoussé cette doctrine. Le législateur a compris qu'une fréquentation telle que celle qui naît des approches du mariage, que les actes de fami-

[1] *Id.*, *ibid.*

liarité qui en sont les conséquences n'excluaient pas l'ignorance d'une grossesse qu'on aurait un vif intérêt à dissimuler. Il ne s'arrête donc qu'au seul fait significatif : la connaissance de la grossesse. Tout ce qui tendrait à faire présumer cette connaissance, sans l'établir d'une manière directe, serait donc inutile et frustratoire. Au reste, et comme dans toutes les appréciations de fait, la pertinence des moyens tendant à établir la connaissance de la grossesse est souverainement abandonnée à la prudence du juge.

846. — L'assistance à l'acte de naissance de l'enfant est un motif plus puissant encore que la connaissance de la grossesse, pour refuser au mari la faculté de le désavouer plus tard. Cette assistance doit résulter de l'acte même, soit par la signature du mari, soit par la déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer. On ne peut donc pas équivoquer sur ce que la loi entend par l'assistance du mari. C'est un concours actif à l'accomplissement des formalités constatant la naissance.

847. — Mais il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance auquel le mari a concouru le désigne comme le père de l'enfant. Il suffit que le nom de la mère et sa qualité de femme mariée y soient mentionnés. Le père de l'enfant né d'une femme mariée n'est jamais inconnu. Il est indiqué par la loi elle-même en la personne du mari. Dès-lors celui qui assiste et signe l'acte de naissance de l'enfant de sa femme assiste et signe réellement l'acte de naissance de son propre enfant. Il

en accepte la paternité et se rend à tout jamais non-recevable à le désavouer plus tard.

848. — Le concours du mari à l'acte de naissance de l'enfant peut avoir été empêché par une circonstance fortuite et indépendante de sa volonté. Par exemple, une absence ou une maladie. Pourra-t-on, dans ce cas, suppléer au défaut de comparution devant l'officier de l'état civil par la preuve que le mari a connu la naissance et avoué la légitimité de l'enfant?

Proudhon[1] tient pour l'affirmative et avec juste raison selon nous. Ce dont la loi se préoccupe dans la conduite du mari, c'est moins l'acte qui lui est imputé, que l'intention que cet acte décèle et comporte. De quelque manière donc que se soit manifesté l'aveu de la paternité, il n'en doit pas moins produire tous ses effets.

Supposez, en effet, que le mari se soit empressé d'annoncer lui-même à ses parents l'accouchement de sa femme; ou bien qu'absent de chez lui, il ait répondu à la nouvelle de l'accouchement par des paroles affectueuses pour la mère et pour l'enfant; est-ce que de tels actes ne sont pas aussi décisifs, aussi énergiques que le concours à l'acte de naissance? Autoriser plus tard le désaveu, serait donc méconnaître l'intention évidente de ces premières démarches et violer ouvertement l'esprit de la loi.

Il est de toute équité, en effet, que le désaveu ne soit

[1] *De l'Etat des pers.*, t. II, p. 14.

reçu que lorsque son auteur n'a, dans aucune circonstance, manifesté une opinion contraire à celle qui le fait agir. « Pour que le désaveu du père soit admis, disaient les orateurs du gouvernement, il faut que le mari n'ait laissé échapper, soit au moment du mariage, soit au moment de la naissance de l'enfant, aucun acte, aucun signe, aucun aveu volontaire exprès ou tacite de sa paternité. S'il avait toujours cru que l'enfant lui fût étranger, aucun acte ne démentirait une opinion qui, depuis la naissance de l'enfant, a dû déchirer son âme. S'il a varié dans cette opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté.[1] »

Ainsi le fait capital c'est l'aveu de la paternité. Or, cet aveu peut aussi bien résulter d'actes formels du mari, de la correspondance que de la connaissance de la grossesse, que du concours à l'acte de naissance. Il n'y a donc aucune distinction à faire dans les effets qu'il doit nécessairement déterminer.

Vainement objecterait-on qu'aux termes de l'article 334 du Code civil, l'enfant ne peut être valablement reconnu que par un acte sous forme authentique. Cet article ne concerne que les enfants naturels nés hors mariage, et auxquels il s'agit de donner une filiation que leur acte de naissance ne leur confère pas. Telle n'est pas la position de l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage. Celui-ci, en effet, a une filiation certaine, il est réputé appartenir aux deux époux et pré-

[1] Voy. *Exposé des motifs et rapport au tribunat.*

sumé légitime tant que l'admission du désaveu ne sera pas venu lui arracher l'un et l'autre. On ne peut donc assimiler les moyens à l'aide desquels il prétend repousser ce désaveu, avec ceux dont l'enfant naturel peut se prévaloir pour établir sa filiation. Il s'agit, dans un cas, de conserver une position assurée par la loi; dans l'autre, d'acquérir une possession d'enfant. Cette différence dans les effets justifie surabondamment celle que nous admettons dans les éléments à consulter.

Ainsi, la connaissance de la grossesse, le concours à l'acte de naissance, peut être suppléé par des actes d'où l'on peut inférer une reconnaissance de paternité. La fin de non-recevoir existant pour les uns existe également pour les autres, et tout désaveu est désormais impossible. Un intérêt purement privé ne pouvait prévaloir sur les raisons d'ordre public qui militent en faveur de la fixité de l'état des familles. Le père peut, sans doute, être trompé; mais s'il s'est trompé lui-même, s'il a pu croire un instant à la légitimité de l'enfant, c'est que l'illégitimité est au moins douteuse, et, dans le doute, c'est en faveur de l'enfant que la loi a souverainement prononcé.

849. — La non-viabilité de l'enfant rend l'action en désaveu non-recevable. Il y avait pour l'admettre ainsi deux motifs décisifs. En premier lieu, l'action en désaveu a pour effet d'empêcher l'enfant de se mêler à une famille à laquelle il est étranger et de recueillir des biens auxquels il n'a aucun droit. L'enfant qui n'est pas né viable ne compte pas dans la famille. Il est ma-

tériellement incapable de succéder, sa naissance ne peut donc jamais occasionner un préjudice à qui que ce soit. Le désaveu, en cet état, ne serait plus qu'un scandale gratuit qu'il était de la dignité du législateur de proscrire.

En second lieu, le défaut de viabilité peut n'être que la conséquence d'un accident ayant interrompu les règles ordinaires de la gestation et déterminé l'accouchement avant son terme naturel. Qu'importe, dans ce cas, que cet accouchement se soit réalisé avant le cent quatre-vingtième jour. C'est là un événement imprévu dont la responsabilité n'appartient à personne, car il n'était donné à personne de le prévoir ou de le prévenir. D'ailleurs, comment déterminer, d'une manière précise, l'époque de la conception, lorsque le défaut de viabilité de l'enfant n'existe que parce que l'accouchement s'est opéré contrairement aux lois ordinaires de la nature?

850. — Nous avons déjà vu que le terme de la plus longue gestation a été fixé à dix mois. De là, la conséquence que l'enfant né le dernier jour de ces dix mois après la dissolution du mariage est présumé avoir pour père le mari, et qu'il ne peut être désavoué que dans les formes et aux conditions prescrites pour le désaveu des enfants conçus et nés pendant le mariage.

Par une conséquence contraire, on aurait dû, ce semble, déclarer de plein droit illégitime l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage. Cependant l'article 315 se borne à dire que sa légitimité

pourra être contestée. Doit-on induire de ces termes, que la contestation se réalisant, l'enfant doit nécessairement, et par le fait de sa naissance tardive, perdre la qualité d'enfant légitime, ou bien que les tribunaux ont la faculté de repousser la prétention des ayant-droit et maintenir la légitimité de l'enfant par l'appréciation des faits et circonstances?

851. — C'est dans ce dernier sens que jugeait notre ancienne jurisprudence. Mais il faut remarquer qu'à cette époque la législation n'avait arrêté aucune règle applicable à cette matière, et que le recours au droit romain, si souvent utile, n'offrait, à cet égard, qu'une ressource illusoire par les contradictions dans lesquelles ce droit s'était jeté.

En effet, la loi des Douze Tables était plus explicite encore que ne l'a été, depuis, notre Code civil. Elle déclarait formellement illégitime l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage. Mais un édit d'Adrien avait porté à onze mois le terme de la gestation, et cela d'après l'avis des médecins et des philosophes anciens : *In hoc decreto Adrianus se statuere dicit, requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.* [1]

Justinien paraissait avoir condamné cet avis, d'abord en n'insérant pas dans sa compilation l'édit d'Adrien, ensuite en formulant dans le Digeste le principe consacré par la loi des Douze Tables. [2] Mais il paraît plus

[1] Aulugelle, *Nuits attiques*, liv. 3, chap. 16.
[2] L. 3, § 11, *De suis et legitimis hæredibus.*

tard revenir sur ce principe. En effet, dans la Novelle 39 il déclare illégitime un enfant né dans le douzième mois de la dissolution du mariage : *Nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere quia de defuncto fuisset partus ; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.* Ce qui paraît indiquer que la solution eût été différente, si la naissance se fût réalisée avant l'expiration du onzième mois.

852. — A ces incertitudes, puisées dans le droit romain, venaient se joindre les incertitudes bien plus grandes encore de la science. Ainsi, un traité spécial, publié en 1766, par un docteur, régent de la Faculté de Paris, citait des gestations qui s'étaient naturellement continuées treize, quatorze et même seize mois.

On comprend, dès-lors, qu'en l'absence d'une règle législative, qu'au milieu du doute de la législation précédente, des perplexités que les hommes de l'art affichaient, les tribunaux se laissassent aller à une appréciation qu'ils croyaient indispensable. Le résultat de cette conduite avait été celui-ci. Tel enfant né dix mois et quelques jours après la dissolution du mariage était déclaré illégitime, tandis que tel autre, dont la naissance avait eu lieu treize, quatorze et même seize mois après cette dissolution, était reconnu appartenir au mari et, comme tel, devoir jouir des prérogatives de la légitimité.

853. — Le Code civil nous paraît avoir voulu met-

tre un terme à cette anomalie, en déterminant une règle fixe, invariable, applicable à tous les cas et les régissant tous d'une manière absolue. A ce point de vue, il serait évident que l'article 315 a fait cesser le pouvoir d'appréciation que les tribunaux exerçaient avant sa promulgation. De là cette conséquence qu'aujourd'hui la naissance après plus de trois cents jours du mariage dissout, imprime à l'enfant le sceau de l'illégitimité. Cette conséquence peut être injuste dans certains cas; mais il faut aussi avouer que ces cas seront on ne peut pas plus rares; et qu'en les négligeant, le législateur a obéi à l'un de ses principaux devoirs : *Quod semel aut bis extetit prœtereunt legislatores.* [1]

Évidemment les termes de l'article 315 peuvent prêter au doute, mais ce doute disparaît devant l'explication qu'en donne le législateur lui-même. « Les naissances « tardives, dit M. Duveyrier au nom du tribunat, n'exi« gent aucune disposition conditionnelle. Il est clair « que la légitimité d'un enfant pourra être contestée, s'il « naît dans le onzième mois après la dissolution du ma« riage ou, pour mieux dire, au moins trois cents jours « après le mariage dissout, parce qu'il ne peut plus pla« cer dans le mariage ni sa conception, ni, par consé« quent, la présomption légale de sa légitimité.

« Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime et mis au « nombre des enfants naturels? Parce que tout intérêt « particulier ne peut être combattu que par un intérêt « contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce

[1] L. 6, Dig., *de Legibus*; — L. 3, 4 et 5, *ibidem.*

« qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est point atta-
« qué, il reste à l'abri du silence que personne n'est
« intéressé à rompre. »

854. — Ainsi, aux yeux du législateur, l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage est illégitime, car il ne peut placer sous l'égide du mariage ni la conception, ni, conséquemment, la présomption de sa légitimité. Mais la loi a compris qu'il y aurait une rigueur injuste à chasser de la famille celui que la famille consentirait elle-même à recevoir, parce qu'elle ne verrait dans l'accouchement tardif de la mère qu'un événement accidentel sans mélange de fraude. Elle a donc voulu consacrer un principe dont elle abandonne la poursuite à la conscience intéressée des parents. Elle accepte la décision de ce tribunal et admet la légitimité si cette légitimité est acceptée. Mais si, rompant le silence, la famille conteste cette légitimité, tout est dit, les tribunaux n'ont plus qu'à appliquer la règle comme le législateur l'a lui-même appliquée dans certains cas.

Ainsi, nous voyons les articles 228 et 296 permettre à la veuve de se remarier dix mois après la mort du mari. Dans l'article 212, le législateur permet d'accueillir, ordonne même de consacrer le désaveu si le mari prouve qu'il a été, pendant les trois cents jours qui ont précédé la naissance, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme; toutes choses inconciliables avec l'idée de la légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution. En effet, si la

gestation peut se prolonger au-delà de dix mois, la confusion des familles n'est pas dans le premier cas évitée, le désaveu devient un mensonge dans le second, puisque l'impossibilité de cohabitation pendant ces trois cents jours n'est plus un obstacle à la paternité du mari.

Ajoutons que, dans l'hypothèse de l'article 312 et sauf les fins de non-recevoir, le désaveu est la conséquence forcée de la preuve de l'impossibilité de cohabitation. Pourquoi donc l'enfant perdrait-il forcément sa légitimité dans ce cas, et ne la perdrait-il pas également dans celui de la naissance tardive? Est-ce que dans ce dernier la mort du mari, arrivée trois cents jours avant la naissance, n'établit pas suffisamment cette impossibilité de cohabitation dont parle l'article 312? Il est évident, dès-lors, qu'on ne pourrait, sans inconséquence, considérer la règle des trois cents jours comme fatale dans un cas, tandis qu'elle ne serait que facultative dans l'autre.

Concluons donc que tout ce que fait l'article 315, c'est d'abandonner le sort de l'enfant à la volonté, à la conscience de la famille. Garde-t-elle le silence, l'enfant conserve sa légitimité. Conteste-t-elle cette légitimité, il n'y a plus qu'une question de date dont les termes extrêmes sont, d'une part, l'acte de naissance; de l'autre, l'acte de dissolution du mariage.

Cette opinion, défendue par des auteurs graves, [1] a

[1] Toullier, tom. II, p. 135; — Duranton, tom. III, nos 56 et suiv.; — Chabot, *Success.*, sur l'art. 725; — Proudhon, *Cours de droit*, tom. II, p. 28; — Zachariæ, tom. III, p. 633; — Dalloz, *Jurisprud. générale*, v° *filiation*, p. 55, n° 14.

été sanctionnée par les Cours de Grenoble et d'Aix. Il est vrai que les arrêts de l'une et de l'autre examinent les circonstances de fait dont il était excipé. Mais cette appréciation surabondante n'enlève rien à la solution du droit qui y est si nettement formulée. [1]

855. — L'action en désaveu est, comme nous le dirons bientôt, personnelle au père ; celle en contestation de légitimité appartient à tout ayant-droit. Les héritiers mêmes de la mère, qui ne peuvent jamais exercer la première, peuvent exercer l'autre. Quelque similitude qu'il y ait dans les résultats, ces deux actions diffèrent sur plusieurs points essentiels dont le principal est, sans contredit, celui qui concerne la paternité. Ainsi, le désaveu n'a pas d'autres bases que l'absence de cette paternité, dont l'acceptation par le mari assure la légitimité à l'enfant. La contestation de légitimité fait abstraction de cette paternité; la reconnaissance du mari n'éteint pas le droit, car un homme peut donner la filiation, mais la légitimité jamais. Ainsi, le père d'un enfant né dans les cent quatre-vingts jours qui ont suivi le mariage peut reconnaître l'enfant comme lui appartenant, il peut en être réellement le père, et tout cela n'empêchera pas que, sur la poursuite de la partie intéressée, cet enfant ne soit déclaré adultérin, si le moment de sa conception remonte à une époque où ses parents, ou l'un d'eux seulement, engagés dans les liens d'un précédent mariage, ne pouvaient procréer que des

[1] 12 avril 1809 ; — 8 janvier 1812.

enfants adultérins. « Ainsi, dit Toullier, inutilement le mari divorcé reconnaîtrait un enfant né trois cents jours après la prononciation du divorce et lui prodiguerait les soins d'un père : ses héritiers, ses parents, les héritiers mêmes de la mère n'en seraient pas moins recevables à contester la légitimité de l'enfant, parce que le mari ne peut, par cette reconnaissance, détruire la présomption légale et reporter la conception de l'enfant au temps du mariage pour lui donner les droits de famille. [1]

856. — Les naissances précoces ou tardives peuvent donc devenir le germe de deux actions. L'une, en désaveu de la part du père ou de ses héritiers; l'autre, en contestation de légitimité, de la part de tout ayant-droit. Ces deux actions, indépendantes l'une de l'autre, obéissent à des principes différents quoique arrivant à un résultat à peu près identique. Ajoutons que l'effet du désaveu est absolu et décisif. L'enfant justement désavoué perd sa légitimité envers et contre tous. Le jugement qui statue sur la contestation de légitimité ne lie que les parties contendantes, il reste pour tous ceux qui n'y ont pris aucune part, *res inter alios acta*.

857. — L'enfant conçu et né pendant le mariage est de plein droit légitime. Energiquement protégé par la maxime *pater is est*, il ne peut perdre cette légitimité que par le désaveu, lequel n'est lui-même recevable que dans les cas limitativement prévus par la loi.

1 Tom. II, n° 837.

L'article 312 permet le désaveu au mari, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingt-troisième jour avant la naissance de l'enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

858. — Nous n'avons nullement à insister sur les doctrines plus ou moins ingénieuses que la théorie de l'éloignement a engendrées. Les jurisconsultes anciens, imités en cela par quelques docteurs modernes, se sont livrés à des développements que le Code ne comporte pas ou qu'il ne comporte plus. Tout se réduit désormais à cette idée unique : a-t-il existé une impossibilité physique de cohabitation ; et cette question de fait est souverainement appréciée par le magistrat, soit que l'impossibilité alléguée résulte d'une absence au-delà des mers ou sur le continent, d'une détention dans une prison ou dans un bagne. Il est évident qu'une pareille appréciation ne saurait reconnaître des limites précises, ni obéir à des règles absolues. C'est par la nature du fait, la position des parties et les circonstances spéciales que chaque espèce devra recevoir la solution qui lui convient.

859. — A côté de l'éloignement et sur une ligne parallèle, se place l'impossibilité physique résultant d'un accident survenu à l'époux. Nous retrouvons ici l'impuissance accidentelle dont nous nous sommes occupés en traitant de la nullité du mariage. Elle est une cause

de désaveu, tandis que l'impuissance congéniale, même visible, ne saurait l'autoriser. Nous avons déjà exposé les motifs de cette différence. Nous nous bornons à nous en référer à nos précédentes observations.[1]

Une maladie grave, à l'époque déterminée par l'article 312, serait un motif valable de désaveu. En effet, il ne faut pas que la puissance accidentelle se produise d'une manière permanente et continue. Il suffit qu'elle ait existé réellement au moment de la conception. Cette existence peut provenir d'une maladie comme d'une mutilation. On devrait donc décider dans un cas comme on déciderait dans l'autre, toutefois, la nature des choses indique avec quelle prudence devrait ici procéder le magistrat. Ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, c'est que, dans le doute, la faveur due à la légitimité doit l'emporter.

L'impossibilité physique de cohabitation reconnue et admise, il y a certitude que le mari n'est pas le père de l'enfant. Celui-ci se trouve dès-lors rejeté dans la classe des enfants naturels, et privé de tout droit dans la succession du désavouant. De plus, la qualité de femme mariée, que la mère ne saurait répudier, imprime à sa naissance le sceau de l'adultérinité et le réduit, quand à la succession de celle-ci, au droit d'obtenir des aliments.

860. — On s'est longtemps préoccupé de la question de savoir si l'impossibilité morale de cohabitation

[1] Voy. t. 1, chap. 3, sect. 2, nos 360 et suiv.

ne devait pas autoriser le désaveu. Cette question paraît résolue négativement par les articles 312 et 313 du Code. L'impossibilité morale est une abstraction dont le législateur n'a voulu se préoccuper que dans une circonstance unique, celle de l'article 313. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'esprit de la loi et des discussions préparatoires qu'elle a subies.

861. — Ainsi, on avait proposé au conseil d'Etat de considérer comme un motif de désaveu la séparation des époux, réunie à l'adultère de la femme. Mais cette proposition, d'abord admise par la section de législation, n'a plus figuré dans le projet définitivement adopté. Cette prétérition prouve qu'on a en définitive repoussé la proposition, et que la séparation de corps laisse les époux sous l'empire du droit commun à l'endroit des enfants nés depuis qu'elle a été prononcée. Cela est profondément regrettable, car la séparation faisant cesser la fréquentation légale que le mariage produit, fait disparaître le principal fondement de la maxime *pater is est*... L'adultère survenu dans ces circonstances ajoute à l'importance de ce premier effet et crée une forte présomption contre la paternité du mari. Cependant celui-ci ne pourra pas même être admis à désavouer l'enfant, si la femme a pris la précaution effrontée de lui annoncer la naissance, éludant ainsi l'application de l'article 313. N'est-ce pas là s'écrie, M. Valette,[1] un résultat déraisonnable?

[1] Sur Proudhon, t. II, p. 25.

862. — Peut-être que si le législateur de 1804 avait prévu l'abolition du divorce, la proposition eût-elle rencontré plus de sympathies. Le divorce, en effet, était un remède héroïque contre le mal que nous signalons, puisque, après sa prononciation, la femme, devenant étrangère à son mari, ne peut lui imposer la paternité des enfants auxquels elle donnerait le jour. Quoi qu'il en soit, le silence gardé par la loi du 28 mai 1816, laisse subsister l'effet de la séparation de corps tel que le Code l'avait admis. La paternité des enfants nés après est de plein droit imposée au mari. Il ne peut la recuser que s'il prouve l'impossibilité physique de cohabitation aux époques fixées par l'article 312.

863. — Ce qu'on décidait pour le cas de séparation de corps, on devait le décider pour celui d'adultère. L'adultère de la femme n'exclut pas la paternité du mari, surtout si l'on admet la continuité ou la possibilité de relations entre lui et sa femme. L'enfant peut aussi bien être le fruit de ces relations que le résultat du crime de la mère : *Cum possit et illa (uxor) adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse.*[1] Or, ces relations, la loi les présume dès qu'elles sont physiquement possibles. Elle ne pouvait donc autoriser un désaveu dont on ne pouvait même établir les fondements d'une manière certaine.

864. — Mais si l'adultère est accompagné de l'aveu

[1] L. 11, § 9, Dig., *ad Legem Juliam de adult.*

tacite de la femme sur ses conséquences, le désaveu devient recevable. La loi trouve cet aveu dans le recèlement de la naissance de l'enfant. Ce fait, personnel à la femme, fournit contre la paternité du mari une présomption d'une gravité incontestable. La naissance d'un enfant est pour une femme vertueuse un sujet d'orgueil et de juste fierté. Cette naissance peut, dans certains cas, exercer une bienfaisante influence sur le sort des époux, contribuer à resserrer le lien qui les unit et dissiper les nuages qui obscurcissaient la vie commune. Dès-lors, la conduite de l'épouse déjà adultère qui, loin de déclarer la naissance de son enfant, l'entoure d'un profond mystère, la dérobe au regard de son mari, ne décèle-t-elle pas les replis les plus secrets de son cœur? N'est-ce pas le cri d'une conscience convaincue et la reconnaissance formelle de l'illégitimité de l'enfant? N'élève-t-elle pas en un mot, contre celui-ci, un préjugé assez fort pour balancer la présomption fondée sur le mariage? [1]

865. — Mais balancer une présomption ce n'est pas la détruire. Aussi le mari qui a prouvé l'adultère de sa femme et le recèlement de la naissance de l'enfant, n'a pas encore rendu le désaveu inévitable. Il y a probabilité, aveu tacite de la mère, si un autre motif ne vient pas expliquer sa conduite. Or, en matière de légitimité, ce n'est pas sur des probabilités, ce n'est pas même

[1] Toullier, t. II, p. 126, n° 814.

sur les déclarations de la mère qu'on décide du sort de l'enfant.

Jusque-là donc, il y a seulement doute grave qu'il convient d'approfondir. Le désaveu est recevable. Mais il ne sera fondé que si le mari complète la démonstration qu'il doit faire de l'illégitimité de l'enfant. Conséquemment, et par une exception aux règles ordinaires, la loi lui permet d'articuler et de prouver tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant.

En dernière analyse, pour que le désaveu d'un enfant conçu et né pendant le mariage soit recevable, il faut que la femme convaincue d'adultère, le soit également d'avoir recélé la naissance; pour qu'il soit fondé, il faut que le mari prouve qu'il n'est pas le père de l'enfant, bien entendu qu'il ne s'agit plus ici d'une impossibilité physique, comme tout à l'heure. L'mpossibilité morale suffit, et l'on peut la faire résulter de tous faits, de toutes présomptions de nature à corroborer l'induction tirée de l'adultère et du recèlement de la naissance.

866. — Mais que faut-il entendre par le recélé de la naissance? Cette naissance est un fait complexe impliquant le concours nécessaire de trois caractères : la conception, la grossesse, l'accouchement. De plus, elle ne se manifeste que par la déclaration exigée par l'article 55 du Code civil. Cela étant, l'article 313 entend-il que le recélé porte sur l'ensemble de ces circonstances? En d'autres termes, faut-il que la femme ait tout à la fois dissimulé, nous ne dirons pas la conception, l'époque en est nécessairement inconnue, mais sa gros-

sesse, célé son accouchement et fait une fausse déclaration ? Suffira-t-il, au contraire, d'une ou de deux de ces circonstances? Quelle sera l'importance de chacune d'elles ?

Pour résoudre ces questions, il faut se pénétrer de l'esprit de l'article 313, tel qu'il résulte des discussions dont cet article a été l'objet dans le sein du conseil d'État

Nous l'avons déjà dit, l'intention du législateur a été de proscrire le désaveu fondé sur l'impossibilité purement morale. Cependant ce principe a dû fléchir lorsque, comme le disait le consul Cambacérès, il fallait se rendre à l'évidence des faits et ne pas placer les juges entre un texte trop rigoureux et le cri de leur conscience.

Mais comment arriver à cette évidence, si les présomptions les plus décisives ne parvenaient pas à en autoriser la recherche? Sans doute l'état des enfants ne pouvait être abandonné à la déclaration plus ou moins intéressée, plus ou moins sincère de la mère. Mais ce qu'une déclaration ne pouvait faire, le mystère dont la femme s'enveloppe dans une circonstance telle que la naissance d'un enfant était de nature à l'opérer. « Si la femme adultère, disait l'orateur du gouvernement, a caché à son mari sa grossesse, son accouchement, la naissance de l'enfant, le sentiment qui lui a dicté ce mystère et imposé les soins et les embarras qu'il exige, est d'une telle prépondérance, qu'il serait injuste de ne pas l'appeler en témoignage sur la question de la véritable paternité. Une femme, en ce cas, ne dit rien, ne



déclare rien ; au contraire, elle se tait, elle se cache, c'est son cœur lui-même qui, malgré elle, développe ses replis les plus cachés, c'est sa conscience qui laisse échapper son plus mystérieux jugement. »

Ainsi, le silence de la femme est l'aveu tacite le plus énergique de l'illégitimité de l'enfant. Conséquemment, que ce silence porte sur le fait matériel de la naissance, sur l'accouchement ou sur la grossesse, il n'existe pas moins, il n'en doit pas moins produire tous ses effets.

867. — Cependant, le silence d'abord gardé sur la grossesse peut être rompu avant l'accouchement, à une époque plus ou moins rapprochée de celui-ci. La connaissance qui en résultera pour le mari lui enlèvera-t-elle la faculté de désavouer l'enfant ?

Admettre l'affirmative, c'est rendre la femme arbitre souveraine du désaveu. Elle pourrait, en effet, le rendre dans tous les cas irrecevable en décélant sa grossesse quelques jours avant l'accouchement, après l'avoir dissimulée pendant longtemps. Un pareil résultat serait une iniquité avec d'autant plus de raison, que la conduite de la femme peut n'être dictée que par esprit de bravade et de défi pour placer son mari en dehors des conditions prescrites par la loi pour l'exercice du droit du désaveu. Ainsi, le crime lèverait insolemment la tête, et l'enfant, étranger au mari, se verrait assurer, sans retour, un rang, un titre, un privilége auquel il n'a jamais eu aucun droit.

Une pareille immoralité ne pouvait entrer dans les



prévisions du législateur. C'est ce que la Cour de cassation vient de décider par son arrêt du 7 janvier 1850.

868. — Le savant rapporteur, M. Mesnard, après avoir examiné la légalité, présentait à la Cour suprême les observations suivantes : « Que conclure de tout cela? Une chose bien simple, c'est qu'il n'y a rien d'absolu dans les termes de l'article 313; que tout dépend des circonstances, et qu'en cette matière une grande latitude est nécessairement laissée aux tribunaux..... En pareil cas, ce à quoi il faut s'attacher, ce n'est pas à ce que le mari a pu savoir ou ignorer, c'est à ce que la femme a voulu cacher. La loi ne prend pas garde à ce qui a pu venir à la connaissance du mari sur les faits relatifs à la naissance; elle ne s'occupe que de la conduite et de la dissimulation de la femme; elle n'exige pas que le mari ait ignoré la naissance, car il doit la connaître pour pouvoir désavouer; elle veut seulement qu'on la lui ait cachée. Que la femme réussisse complètement ou non dans son œuvre de mystère, jusqu'à un certain point, il importe peu. Les tribunaux auront à apprécier sa conduite; ils auront à vérifier si le secret qu'elle a fait à son mari des signes ou des preuves de la maternité contient ou non cet aveu tacite et spontané que les auteurs de la loi rattachent au recel de la naissance. »

Sur ces observations, la Cour de cassation a consacré les solutions suivantes :

« Attendu, en droit, que le législateur, en admettant que la présomption consacrée par l'article 312 du Code



civil, après avoir fléchi devant l'impossibilité physique de cohabitation, pourrait également fléchir devant la preuve de l'impossibilité morale de cette cohabitation, a entendu assujettir cette preuve à une condition qui servît de garantie contre les appréciations variables et arbitraires des tribunaux ; que c'est ainsi qu'il a exigé dans l'article 313, pour la recevabilité du désaveu fondé sur la preuve de cette impossibilité morale, que la femme eût caché au mari la naissance de l'enfant, trouvant dans ce recel ou cette dissimulation, de la part de la femme, l'aveu tacite de sa faute et un secret jugement de sa conscience contre la légitimité de l'enfant ;

« Attendu que, devant cette pensée incontestable de l'article 313, il est impossible d'admettre que le recel de la grossesse soit un fait insignifiant et que le recel de l'accouchement ait été l'objet exclusif de l'attention du législateur ;

« Attendu que la naissance implique, tout à la fois, la grossesse et l'accouchement, et que le recel de l'un ou de l'autre de ces deux faits élémentaires et constitutifs de la naissance peut devenir, selon les circonstances, plus ou moins significatif et tenir lieu de cet aveu tacite que la loi fait résulter du silence de la femme ;

« Attendu qu'en pareil cas, il y a beaucoup moins à rechercher ce que le mari a pu savoir ou ignorer, que ce que la femme a voulu lui cacher, puisqu'il s'agit uniquement de déterminer la signification morale et intentionnelle du secret dont elle a voulu entourer sa maternité ;

« Attendu que si la femme qui dissimule sa grossesse à son mari encourt le juste soupçon de la loi, en commençant ainsi un système de recel, incompatible avec le sentiment de ses devoirs, il ne s'ensuit pas toujours que cette dissimulation doive suffire pour constituer le recel de la naissance ; qu'ainsi les conséquences de cette dissimulation peuvent être écartées lorsque la femme, par une révélation loyale et sincère de son état, faite en temps opportun au mari, efface les soupçons et les doutes qui s'attachaient à son silence ; mais qu'il en est autrement lorsqu'à la place d'une révélation sincère et spontanée, se produit un aveu intéressé, calculé, déloyal, et qui, au lieu d'être une protestation contre le passé, devient, au contraire, la continuation, la confirmation du recel de la grossesse et met encore plus à nu la pensée coupable qui y a présidé.[1]

369. — Il résulte de cette doctrine que le recel de la grossesse équivaut, quant au désaveu, au recel de la naissance. Mais, ainsi qu'on le faisait observer dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, la grossesse est, pendant longtemps, pour la plupart des femmes, un fait incertain et ignoré. Aussi n'admet-on pas qu'il y ait nécessairement fraude, par cela seul qu'elle n'a pas été déclarée. La femme sera toujours admise à expliquer, à justifier les causes de son silence, et sa dissimulation ne motivera le désaveu que lorsque les tribunaux seront

[1] Dalloz, 1850, 1, 5.

convaincus de la déloyauté qui y a présidé. Cette déloyauté admise dans l'origine, il ne dépendra plus de la femme d'empêcher le désaveu et de consacrer, au gré de son caprice, la légitimité de l'enfant dont elle a d'abord tacitement reconnu l'illégitimité.

870. — Les termes de l'article 313 conduisant à cette conséquence que l'articulation des faits n'est exigée qu'après la décision affirmative sur l'adultère suivi du recèlement, faut-il en conclure que l'action en désaveu ne sera recevable qu'autant qu'il y aura à cet égard chose jugée ?

L'affirmative absolue a été soutenue sur le motif que la loi n'admet la faculté de désavouer qu'en supposant *a priori* l'existence de l'adultère et le recèlement de la naissance. Cette existence est donc la condition indispensable de l'action en désaveu; conséquemment, tant qu'elle n'est pas acquise, le désaveu n'est pas recevable. On invoque à l'appui de cette doctrine les paroles de M. Duveyrier exprimant le vœu du tribunat : *On ne pouvait refuser au mari, qui a* DÉJA *prouvé le crime de sa femme et le mystère dont elle a enveloppé le fruit de son crime, la faculté d'offrir à la justice les autres preuves qui peuvent compléter la démonstration.*

871. — La Cour de cassation a cependant jugé, et selon nous avec raison, que la recevabilité du désaveu ne saurait être subordonnée au jugement préalable de l'adultère. Mais cet arrêt, rendu le 8 juillet 1812, va plus loin encore, il considère l'adultère comme la con-

séquence naturelle du recèlement de la naissance, soit de l'admission du désaveu. Il consacre donc que la seule chose à prouver par le mari, c'est le recèlement de la naissance.

Cette doctrine nous paraît inconciliable avec le texte de l'article 313. Evidemment ce texte clair, précis et formel ne s'occupe du recèlement de la naissance que dans le cas d'adultère acquis, ce n'est qu'alors que cette circonstance devient significative. En d'autres termes, ce texte se résume dans cette proposition : pour que le recèlement de la naissance signifie que l'enfant est le produit d'un crime, il faut avant tout qu'on prouve qu'un crime a existé.

872. — Cette interprétation découle logiquement des discussions législatives dont l'article 313 a été l'objet. « L'accouchement d'une femme, dit M. Rœderer, et l'éducation de son enfant à l'insu de son mari « ou loin de ses yeux, ne peuvent être une preuve, « pas même un commencement de preuve que le mari « n'est pas le père de l'enfant. Un mari violent, qui « soupçonnera un commerce clandestin entre sa femme « et un amant, pourra la menacer des plus redoutables traitements, si elle devient grosse dans le temps « sur lequel porte ses soupçons, cependant elle est « grosse au moment de ces menaces ; son mari s'absente pour services publics ou pour affaires particulières, elle, intimidée, cache son accouchement, le « dérobe à la connaissance de son mari, quoique « l'enfant puisse être de lui comme de l'amant, ou de

« lui seul, la jalousie seule ayant vu un amant dans « l'homme qui n'était qu'un ami. »

A cette supposition M. Rœderer en ajoute une seconde, celle où le mari se croyant trompé, ou sachant l'être, dirait à sa femme : l'enfant dont tu es enceinte n'est pas de moi, il faut que tu te gardes de le laisser jamais paraître à mes yeux; et, comme on s'armait de l'autorité de Cochin pour contester une pareille supposition, M. Rœderer répondait par ces paroles de d'Aguesseau : *Un père peut très bien désavouer son propre enfant, et vouloir venger sur le fils l'affront qu'il a reçu de la mère.*

Ces considérations ont-elles été sans influence sur la rédaction de l'article 313? Il serait permis de le croire, si les termes dans lesquels cet article est conçu ne donnaient pas la preuve du contraire; si, après ces discussions, on n'avait pas insisté sur la nécessité de la preuve préalable de l'adultère. Nous avons déjà rappelé les paroles de l'orateur du tribunat. Voici maintenant celles de Bigot de Préameneu, exposant les motifs de la loi : *Comment repousser un mari qui,* AYANT FAIT DÉCLARER SA FEMME ADULTÈRE, *ayant ignoré qu'elle eût un enfant, verrait après coup, et peut-être après la mort de sa femme, cet enfant se présenter comme étant né de son mariage.*

Ainsi, partout la même explication, la même exigence : l'adultère de la femme suivi du recèlement de la naissance. Loin donc que ce recèlement implique comme conséquence la certitude de l'adultère, il faut avouer qu'aux yeux du législateur cette circonstance

tire son principal caractère de l'adultère lui-même. Celui-ci prouvé, il y a entre le recèlement et lui une liaison intime, directe, significative. On peut alors dire avec juste raison : *Post hoc ergo propter hoc.* Le recèlement sans la preuve de l'adultère n'est plus qu'un fait grave sans doute, mais qui n'a pas une signification bien précise. Il peut tenir à l'une des causes indiquées par M. Rœderer, il peut encore n'être que le produit d'une coupable affection, qui, pour ne pas diminuer la fortune des enfants déjà nés, n'aura pas reculé devant une odieuse suppression de part.

Tout cela peut paraître difficile à admettre, mais il suffisait d'une probabilité pour que le législateur dût s'entourer des plus rassurantes précautions. Or, la première et la plus simple de toutes, était d'exiger la preuve de l'adultère, avant d'assigner cette cause à la paternité de l'enfant. Il n'est pas exact de dire que la preuve de l'adultère peut résulter et résulte même nécessairement du recèlement de la naissance. Cette preuve doit toujours être produite.[1] Que la justice soit moins difficile sur les éléments qui doivent la constituer, alors que le recèlement de la naissance en fournit déjà une présomption, cela se comprend, mais proclamer toute autre preuve inutile en présence de ce recèlement, c'est méconnaître, à notre avis, le texte et l'esprit de la loi.

873. — Si nous nous écartons en ce point de l'arrêt

[1] Merlin, v° *légitimité*, sect. 2, § 2, n° 5; — Toullier, t. II, n° 812.

de la Cour de cassation, nous nous réunissons entièrement à sa doctrine, quant à l'effet de la constatation judiciaire de l'adultère, sur la recevabilité du désaveu. En effet, faire dépendre cette recevabilité de la chose jugée sur l'adultère, serait ne tendre à rien moins qu'à rendre souvent tout désaveu impossible.

Le mari peut n'être mis sur la voie de l'adultère que par la découverte de l'enfant. Son désaveu doit être formulé dans les deux mois de cette découverte, à peine de déchéance. Comment donc pourrait-il échapper à cette déchéance, s'il est obligé de faire d'abord judiciairement constater l'adultère? Cette constatation verra s'écouler les deux mois que la loi lui accorde, de telle sorte qu'au moment où il lui serait permis d'agir, il ne pourra plus le faire. Ainsi interprétée, la loi serait évidemment absurde et injuste.

Tout commande donc au mari qui s'y croit fondé d'introduire l'action en désaveu immédiatement après la découverte de l'enfant. Cette action intentée, il doit: ou, comme le veut M. Valette, [1] prouver d'abord l'adultère et le recèlement de la naissance, et faire ensuite statuer sur le désaveu; ou, comme l'enseignent divers arrêts, et notamment celui rendu par la Cour de cassation le 25 janvier 1831, faire marcher de front la preuve de l'adultère, celle du recèlement et celle des faits propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. Quoique le mode indiqué par M. Valette nous paraisse plus juridique, plus conforme au texte et à l'esprit de l'arti-

[1] Sur Proudhon, tom. II, pag. 32.

cle 313, nous ne voyons dans le second aucun inconvénient de nature à en commander le rejet.

874. — L'action en désaveu est personnelle au mari, de telle sorte que, lui vivant, personne autre n'est recevable à rompre le silence qu'il s'imposerait lui-même. Arbitre suprême de la conduite de sa femme, l'approbation même tacite qu'il lui donne met celle-ci à l'abri de toute attaque : *Probatam enim a merito uxorem, et quiescens matrimonium, nemo debet alius turbare atque inquietare.* [1] C'est dans ce sens que le droit accordé au mari ne constitue qu'une simple faculté dont il lui est toujours loisible de ne pas user. Seul et unique juge des intérêts, des besoins et de l'honneur de la famille, il prononce souverainement à l'encontre de tous, il peut connaître la faute, mais il peut vouloir l'ignorer et la cacher, à lui donc le droit de punir, le droit de se venger, mais à une condition : c'est de n'être pas privé du droit de pardonner ; [2] le pardon qu'il accorderait assurerait la légitimité de l'enfant.

875. — Le silence gardé par le mari suppose dans tous les cas ce pardon. Conséquemment il éteint l'action que nul ne peut plus intenter à l'avenir, mais, pour produire cet effet, ce silence doit s'être prolongé au-delà du délai accordé par la loi pour l'exercice du désaveu. Tant que ce délai n'est pas expiré, le silence

[1] L. 26, Dig. *ad Legem Juliam de adu.*

[2] Martin de Strasbourg, Mémoire pour l'affaire Hermann.

peut être rompu et, si le mari meurt en cet état, l'action en désaveu est au nombre de celles que ses héritiers sont appelés à recueillir et qu'ils ont dès-lors qualité pour poursuivre. C'est ce qui est textuellement édicté par l'article 317 du Code civil.

La personnalité de l'action ne cesse donc que dans le cas de mort avant l'épuisement du délai que la loi donne au mari pour réaliser le désaveu. Le mari n'a pas définitivement pardonné tant qu'il peut encore reclamer; en cet état, ses héritiers deviennent à leur tour les arbitres de l'opportunité d'une action à laquelle ils peuvent avoir un immense intérêt.

876. — Les héritiers dont parle l'article 317 sont aussi bien les héritiers testamentaires que les héritiers légitimes. Les uns et les autres sont également les représentants du défunt, jouissant des mêmes prérogatives, soumis aux mêmes obligations; ils sont donc également admissibles à poursuivre le désaveu. Cette faculté n'étant attachée qu'à la qualité d'héritier, il est certain que celui qui, appelé à la succession, y aurait renoncé, ne pourrait plus prétendre à l'exercer.

Il résulte encore des termes de l'article 317 que l'action en désaveu appartient exclusivement aux héritiers du mari. En effet la femme, quelqu'intérêt qu'elle eût d'ailleurs à le faire, ne saurait être admise à désavouer l'enfant qu'elle aurait elle-même frauduleusement introduit dans la famille : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.* Ses héritiers ne pourraient donc trouver dans sa succession une action qui n'a

jamais existé. A cette raison légale s'ajouterait un motif d'honnêteté publique. Comment concéder à l'héritier de la femme une faculté dont l'exercice déshonorerait celle dont il tient ses droits et ajouterait ainsi le scandale à l'immoralité ?

877. — Ainsi les héritiers du mari ont seuls qualité pour désavouer l'enfant se prétendant issu du mariage entre sa mère et leur auteur. Ce droit est subordonné à la mort de celui-ci avant l'expiration des délais pendant lesquels il peut réaliser lui-même l'action. La mort survenue après l'expiration de ces délais a éteint l'action qui n'a pu ainsi se transmettre aux héritiers. La légitimité de l'enfant est donc inattaquable. Tant que le mari est vivant, nul autre que lui ne peut désavouer l'enfant, l'action lui étant exclusivement personnelle, puisque seul il peut en apprécier exactement l'opportunité et la justice.

C'est par application de ce principe qu'on doit résoudre deux questions fort importantes en matière de désaveu. L'héritier présomptif envoyé en possession provisoire des biens de l'absent, le tuteur du mari interdit, pourra-t-il désavouer l'enfant qui se prétend issu du mariage.

878. — Merlin, qui ne voit aucun doute possible sur le droit du tuteur de l'interdit, enseigne également l'affirmative sur la première question. Le jugement, dit-il, qui envoie l'héritier présomptif en possession des biens de l'absent, lui en transfère de plein droit l'admi-

nistration; et qu'entendent les articles 120 et 125 par *biens*? Ce ne sont pas seulement les objets corporels dont se compose la fortune de l'absent, ce sont aussi tous les droits incorporels; ce sont par conséquent aussi toutes les actions qu'il pourrait exercer lui-même s'il était présent, et, par une conséquence ultérieure, c'est aussi l'action par laquelle, s'il était présent, il pourrait désavouer l'enfant conçu par sa femme à une époque où, par son éloignement, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle.

Qu'importe, continue Merlin, que l'envoyé en possession provisoire des biens de l'absent ne soit ni physiquement le même que lui, ni son héritier? L'absence de cette qualité ne lui enlève aucuns des droits qui y sont attachés (moins celui d'aliéner ou d'hypothéquer), comme il en supporte aussi toutes les charges, comme il est obligé, aux termes de l'article 134 du Code civil, de défendre à toutes les actions intentées contre lui. Ce n'est pas tout, par cela seul qu'il est saisi de la possession de tous les biens de l'absent, il a nécessairement qualité pour repousser toutes les prétentions qui tendraient à l'en dépouiller par une autre voie que celle indiquée par l'article 131, c'est-à-dire par la preuve de l'existence de l'absent.

Répondant à l'argument tiré des articles 312 et 317, qui ne désignent comme capables de désavouer que le mari ou ses héritiers, Merlin soutient que cela ne peut s'entendre que de l'enfant né pendant le mariage. Or, on ne pourrait considérer comme tel, celui qui est né trois cents jours après la disparition ou les dernières

fait concentrer cette action sur la tête du mari, tant qu'il est vivant? Il est évident, en effet, que l'héritier présomptif n'aura pas les mêmes motifs pour agir, dans la poursuite du désaveu, avec la prudente circonspection que le mari y apportera. Il sacrifiera tout à son intérêt du moment, sans se préoccuper de l'honneur de la femme, des droits de l'enfant, que le mari, que les héritiers définitivement appelés n'auraient peut-être jamais attaqués.

Il est vrai, comme le remarque Merlin, que le jugement qui aura admis le désaveu ne sera pas obligatoire, en ce sens que le mari à son retour, que les héritiers à l'époque de son décès pourront en répudier le bénéfice. Mais le scandale n'en aura pas moins été produit, la femme et l'enfant n'en resteront pas moins flétris aux yeux du public, et cela parce qu'un parent avide aura été momentanément chargé de la gestion de biens auxquels il doit, en dernier résultat, demeurer étranger.

Il n'a donc pu être dans la pensée de la loi d'armer le provisoire de la faculté de prendre des mesures ayant un tel caractère de perpétuité contre les personnes. La preuve la plus décisive, c'est qu'elle refuse tout ce qui aurait ce caractère à l'endroit des biens. Elle en confie l'administration, mais à la charge de faire inventaire, de donner caution, de rendre compte; mais elle prohibe toute aliénation par vente ou hypothèque; enfin, et quant aux actions actives, elle ne permet pas à l'héritier présomptif d'intenter les actions immobilières et

de transiger sur les actions mobilières, sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation.[1]

Le véritable caractère d'une pareille administration est facile à déterminer, c'est un dépôt accompagné d'un mandat légal. Sans doute, et contrairement à ce qui se réalise dans l'un et dans l'autre contrat, l'envoyé en possession provisoire fait sien une partie des fruits des biens qu'il administre. Mais cette dérogation, d'ailleurs formellement écrite dans la loi, est toute dans l'intérêt de l'absent. Qui aurait osé obtenir l'envoi en possession, si dix ans ou vingt ans après, l'absent reparaissant, on eût été obligé de lui restituer avec le capital, la totalité agglomérée des revenus consommés année par année et quelquefois sans trop d'avantages et de profits?

L'héritier présomptif n'a donc en réalité qu'un mandat salarié et restreint. Il administre les biens qu'il reçoit en dépôt, en attendant l'événement du décès de l'absent. Il n'est donc pas cet héritier dont parle l'article 317, et qui, à la tête de l'hérédité, en dispose à sa libre volonté, sans restrictions et sans contrainte. Celui-ci est, pour tous les droits afférant au défunt, ce qu'était le défunt lui-même. On ne peut donc accorder au premier une faculté limitativement réservée au second.

Mais, dit Merlin, l'article 317 ne concerne que l'enfant né pendant le mariage; or, on ne pourrait considérer comme tel celui qui est né trois cents jours après la

[1] De Plasman et Moly, *des Absents.*; — Proudhon et Toullier, même titre.

disparition ou les dernières nouvelles. Merlin a raison. Mais la question qui nous occupe ne pourra jamais naître à l'occasion d'un enfant né dans cette dernière hypothèse.

En effet, l'article 120 appelle à la possession provisoire des biens de l'absent l'héritier présomptif au jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Cela posé, de deux choses l'une : l'acte de naissance de l'enfant place sa conception à une époque antérieure ou postérieure au jour de la disparition ou des dernières nouvelles.

Dans le premier cas, l'enfant est le seul héritier présomptif pouvant et devant obtenir l'envoi en possession. Or, comme il est reconnu qu'en cette matière les jugements n'acquièrent jamais force de chose jugée contre les parents plus rapprochés que celui qui les a obtenus, il suit que, dans notre hypothèse, l'enfant obtiendrait l'envoi en possession sans être obligé d'attaquer et de faire retracter la décision déjà rendue et conférant cette possession à un parent collatéral. Celui-ci ne pourrait empêcher ce résultat qu'en désavouant l'enfant. Mais cette action de sa part suppose le décès du père sur lequel elle est uniquement fondée. Dès-lors il doit, pour être recevable, prouver ce décès en vertu du principe admis par Merlin, que, lors de l'envoi en possession provisoire, l'absent n'étant réputé ni mort ni vivant, c'est à celui qui réclame un droit sur le fondement de sa mort ou de son existence à prouver l'une ou l'autre.

Dans le second cas, l'enfant non encore conçu au

jour de la disparition ou des dernières nouvelles, n'était pas à cette époque l'héritier présomptif. Il ne peut donc pas obtenir l'envoi en possession provisoire. Le collatéral qui a requis cet envoi qui lui a été accordé, ou qui le demande en sa qualité d'héritier présomptif, doit être préféré à l'enfant, sans qu'il ait besoin de le désavouer.[1] Celui-ci ne pourrait empêcher cette préférence qu'en justifiant de l'existence de l'absent au moment de sa conception; et, comme sa prétention repose uniquement sur cette existence, il serait dans la nécessité d'en fournir la preuve préalable, en vertu du principe que nous rappelions tout à l'heure.

La nécessité pour le collatéral de désavouer l'enfant ne naîtrait qu'après que cette preuve aurait été fournie. Mais alors aussi naîtrait pour lui l'obligation de prouver le décès, puisque c'est par l'événement de celui-ci que le désaveu deviendrait recevable.

Voilà les conséquences seules vraies, seules logiques, que la règle invoquée par Merlin puisse et doive entraîner. Ainsi appliquée, cette règle concilie parfaitement les droits de chacun avec le caractère essentiellement personnel de l'action en désaveu. Dès-lors tombent les objections que ce jurisconsulte éminent fait contre les conséquences de cette personnalité, et, avec ces objections l'opinion qu'elles avaient pour objet de faire prévaloir.

880. — L'envoyé en possession provisoire ne peut

[1] Cass., 3 décem. 1834.

donc pas désavouer l'enfant tant qu'il n'a pas prouvé la mort de l'absent. Le droit que nous contestons à cet héritier, nous le refusons également au tuteur de l'interdit. La doctrine contraire, admise par Merlin, sans développements, sans discussion, nous paraît devoir, dans son principe et dans ses conséquences, conduire à des résultats véritablement monstrueux.

En effet, reconnaître au tuteur de l'interdit la faculté de désavouer l'enfant né pendant le mariage de celui-ci, c'est étendre singulièrement les pouvoirs que la loi lui confie, c'est méconnaître le véritable caractère de l'action en désaveu.

Vainement, dit-on, que l'article 450 investit le tuteur de la faculté d'exercer tous les droits que le pupille pourrait exercer lui-même. Cela ne peut s'entendre que des droits qui peuvent être légalement accomplis par un représentant, et qui ne se placent pas dans la catégorie de ceux que l'interdit pourrait seul exercer. Ainsi personne ne s'avisera de soutenir que le tuteur peut se marier pour le pupille, tester pour lui, faire une donation, adopter, reconnaître un enfant naturel, ni être tuteur ou membre d'un conseil de famille auquel le pupille serait appelé.

Or, tout cela, celui-ci le pourrait s'il était *integri status*. Donc, il ne suffit pas que l'interdit ait le droit de faire un acte quelconque pour que le tuteur puisse l'exécuter en son nom. L'argument tiré de l'article 450 ne résout donc pas la question, cette disposition ne s'appliquant, de près ni de loin, aux actes tellement attachés à la personne, que cette personne est seule

capable de les exécuter. Tout ce qui tient à l'état de la famille rentre nécessairement dans cette catégorie. Or, le désaveu intéresse essentiellement celle-ci. Donc le pupille peut seul l'exercer comme il pourrait seul adopter, reconnaître un enfant naturel, se marier, poursuivre la séparation de corps ou le divorce.

Dans ses conséquences, le désaveu de la part du tuteur amènerait à des résultats quelquefois iniques. Remarquons d'abord que la chose jugée contre le tuteur ou en sa faveur, nuit ou profite au pupille, de telle sorte que l'enfant déclaré illégitime, sur la poursuite du premier, serait à tout jamais rejeté de la famille. Il ne serait donc pas permis au père, revenu à la raison, de réclamer comme sien l'enfant qui lui appartiendrait réellement, et dont il avouerait la paternité; l'enfant qui, dans ses moments lucides, avait peut-être été sa joie, sa consolation, et l'on ne reculerait pas devant une pareille éventualité? Et l'on encouragerait ainsi un intérêt sordide à se substituer à des droits légitimes en exploitant avec habileté le mystère de la naissance de l'enfant, rendu plus impénétrable par l'infirmité du père? Ainsi, cette infirmité même sera un péril pour l'enfant, car il ne pourra interroger des souvenirs et des impressions qui, s'ils se fussent produits, auraient été pour lui la plus utile défense.

Ce serait donc contrairement à la justice, à l'équité, à l'intérêt même de l'interdit qu'on confierait à son tuteur le droit de désavouer l'enfant. Le père pourrait voir, malgré sa volonté, son propre fils injustement dépouillé de son droit, sa fortune passer à un avide

collatéral, son honneur compromis, celui de sa femme perdu et tout cela lorsque la loi lui confie la mission de pouvoir se taire, le droit sacré de pardonner, lorsque seul il est en état d'apprécier non-seulement la convenance et l'opportunité, mais encore la portée morale du désaveu.

Nous n'hésitons pas, quant à nous, à refuser cette action au tuteur; nous ne pensons pas qu'on puisse substituer à la juste appréciatiou du mari une appréciation manquant de bases et souvent trop intéressée. La raison légale qui nous détermine et qui vient à l'appui des considérations morales qui précèdent, c'est que l'action en désaveu est une faculté plutôt qu'un véritable droit, et que si le tuteur peut faire valoir ceux-ci, il n'a aucune qualité en présence d'une faculté exclusivement attachée à la personne du pupille.[1]

881. — Cette doctrine n'a pas cependant prévalu devant la Cour de cassation. Un arrêt de la Cour de Colmar, la consacrant, a été cassé le 24 juillet 1844.[2] Nous avons mûrement examiné les motifs de la Cour de cassation et, nous osons le dire, ils ne nous paraissent pas de nature à infirmer les hautes et puissantes considérations sur lesquelles la Cour de Colmar étayait sa décision.

882. — Ce qui semble préoccuper la Cour suprême, c'est la disparition de la preuve dans le temps que dure

[1] Colmar, 21 janvier 1841; — Zachariæ, tom. III, p. 645.
[2] *Journal du palais*, tom. II, 1844, p. 365.

l'interdiction. C'est là, sans doute, un inconvénient qu'il faut bien subir, si, en définitive, la loi ne permet pas de l'éviter. Or, cette prohibition résulte de la nature de l'action qui n'a été donnée au mari lui-même qu'à regret; elle résulte de la force des choses, si la position seule du mari ne lui permet pas d'agir avant la levée de l'interdiction. Cet inconvénient a d'ailleurs excité l'attention du législateur, c'est M. de Malleville qui nous l'enseigne; [1] et si, l'ayant aperçu, il n'a rien fait pour y remédier, c'est évidemment qu'il ne l'a pas jugé suffisant pour autoriser une exception à la nécessité de rendre l'action personnelle au mari. Admettre cette exception, c'est donc aller au-delà de sa volonté.

De quel poids d'ailleurs peut paraître cet inconvénient, à côté de ceux bien autrement graves qu'il y aurait à conférer l'action en désaveu à un tiers étranger aux détails intimes de la vie de famille? « L'époux seul, dit la Cour de Colmar, peut faire connaître au juge la pensée qui lui est propre, les graves et impérieux motifs (motifs qui ne peuvent être qu'exclusivement personnels) du juste ressentiment qui a déterminé son action; de même aussi que c'est à lui seul que peuvent s'adresser utilement et fructueusement, de la part de l'épouse et de l'enfant, des appels à ses souvenirs, à sa mémoire, à sa conscience, aussi bien qu'à des affections ou des sentiments qui n'abandonnent jamais entièrement le mari qui se croit outragé, alors encore qu'il sollicite les sévérités de la justice; appels qui, s'ils

[1] *Analyse du Code civil*, art. 216.

étaient entendus, mettraient à l'instant un terme à une lutte toujours douloureuse, tandis que, adressés à un tiers étranger à la vie intime des époux, à l'intérieur de la famille, guidé souvent par des influences qui peuvent ne pas être désintéressées, ils ne sauraient produire aucun résultat, celui-ci ne pouvant pas même y répondre. »

Ainsi, la femme sera fatalement déshonorée, l'enfant sera inévitablement adultérin, parce qu'ils n'auront pu faire un appel à la mémoire, au souvenir, à la conscience de leur époux et père ; parce qu'au lieu d'un contradicteur pouvant reconnaître son erreur ou recourir à l'indulgence, la loi leur aura donné pour adversaire un tiers qui ne pourrait, alors qu'il serait porté à le vouloir, reconnaître l'exactitude, la sincérité des faits au témoignage desquels ils en appelleront; et c'est à cela qu'aboutiront, en définitive, les précautions dont la loi a cru devoir entourer l'exercice de l'action par le mari lui-même? Nous ne saurions l'admettre.

Mais, dit la Cour de cassation, l'action n'est pas exclusivement personnelle au mari, puisque ses héritiers pourront l'exercer. Mais, pour qu'il en fût ainsi, il a fallu que l'article 317 s'en expliquât formellement, ce qui prouve la personnalité de l'action, puisque, si elle n'avait pas eu ce caractère, le droit des héritiers n'aurait pas eu besoin d'être inscrit dans la loi d'une manière spéciale. Les principes généraux suffisaient. Nul ne contestera jamais la faculté pour l'héritier d'exercer les actions appartenant à son auteur.

L'article 317 conduit donc à cette conséquence que

le principe général était sans application au désaveu, et, par là, à la reconnaissance formelle de la personnalité de l'action. C'est par pure exception à cette personnalité que ce même article confère, dans certains cas, aux héritiers l'exercice de cette action, et ce caractère exceptionnel de cette disposition suffit pour qu'on la restreigne dans ses limites naturelles. La loi, n'appelant que les héritiers, refuse, par cela même, cette faculté aux représentants du mari autres que ces héritiers eux-mêmes. Loin donc de voir dans l'article 317 la preuve que le tuteur a le droit de désavouer, on doit y voir le refus formel en ce qui le concerne : *Qui dicit de uno, de altero negat.*

Nous ne pouvons donc pas considérer l'arrêt du 24 juillet comme le dernier mot de la Cour de cassation. La Cour de Colmar avait, elle aussi, débuté par reconnaître le droit du tuteur qu'elle avait sanctionné par arrêt du 17 février 1832. Mais elle est depuis revenue de cette jurisprudence. La Cour de cassation suivra-t-elle cet exemple? C'est une question qu'il n'appartient qu'à ses profondes lumières et sa haute indépendance de résoudre.

883. — Les fins de non-recevoir que l'enfant pourrait opposer au mari sont opposables aux héritiers. Ainsi, l'aveu de la paternité, la connaissance de la grossesse avant le mariage, l'assistance à l'acte de naissance, ferait repousser l'action des héritiers comme celle du mari lui-même. Bien entendu que tous ces faits, que la connaissance de la naissance de l'enfant ne sau-

raient utilement être invoqués que si on pouvait les attribuer au père. Tout ce qui ne ferait qu'indiquer implicitement la paternité, notamment la connaissance de la grossesse, celle de la naissance, qu'on imputerait à l'héritier, serait complètement indifférent.

884. — Mais il en serait autrement des circonstances personnellement imputables à celui-ci et d'où résulterait de sa part la reconnaissance de la qualité d'enfant légitime. Cette reconnaissance créerait une fin de non-recevoir contre tout désaveu ultérieur. C'est dans ce sens que la Cour de Montpellier a repoussé l'action de collatéraux qui, ayant concouru à un conseil de famille assemblé dans l'intérêt de l'enfant, avaient ensuite voulu le désavouer. [1]

885. — L'action en désaveu par le père doit être intentée dans le mois de la naissance, s'il est présent sur les lieux; dans les deux mois du retour, s'il était absent lors de l'accouchement. Par l'absence, la loi entend ici la non-présence du mari sur les lieux, quel qu'en ait été le motif, tout comme le retour, faisant courir le délai de deux mois, est la rentrée du mari aux lieux habités par la femme et non pas la réintégration du territoire de la France après un séjour en pays étanger. [2]

C'est aussi un délai de deux mois qu'on accorde au mari dans le cas de recèlement de la naissance, et ce

[1] 4 février 1824.
[2] Paris, 9 avril 1831.

délai ne commence à courir que du jour de la découverte de la naissance frauduleuse et de l'existence de l'enfant. La détermination de ce point de départ n'est que la juste conséquence de la règle *contra non valentem agere, non currit prescriptio*. Quelque faveur que mérite la fixité de l'état de famille, on ne pouvait consacrer en faveur de l'enfant la faculté de prescrire contre le mari un droit dont celui-ci ne pouvait même soupçonner l'existence. Il était facile de prévoir que dans tous les cas on s'arrangerait de manière à ce qu'il ne le connût qu'après l'époque où il aurait pu l'exercer; et c'est ce qu'il importait de prévenir.

De là cette autre conséquence, que l'interdiction du mari le plaçant dans une impossibilité légale d'agir, le délai de deux mois ne commencera à courir contre lui qu'à partir du jour de la levée de l'interdiction.

886. — La mort du mari avant l'expiration du délai qui lui est accordé confère à ses héritiers le droit de désavouer l'enfant. Ces héritiers ne jouissent pas seulement du temps qui restait à courir lors de la mort de leur auteur, ils ont un délai qui leur est propre et personnel, et dont la durée est de deux mois.

887. — Mais le point de départ de ce délai varie selon qu'à la mort du mari l'enfant a pris ou non possession de l'hérédité. Dans le premier cas, les héritiers, empêchés d'user de leur droit, sont en demeure de le faire valoir immédiatement. Les deux mois courent donc du jour de la mise en possession.

Ils courent du jour de la réclamation de l'enfant, si les héritiers en possession de l'hérédité sont troublés dans cette possession par cette réclamation. Le silence qu'ils ont gardé jusqu'à ce moment peut n'être que le résultat de l'ignorance de l'existence de l'enfant, dont ils ne sont d'ailleurs jamais tenus de provoquer l'action. Mais le trouble se réalisant, et l'enfant ayant manifesté ses prétentions, le silence n'est plus permis. Il y a intérêt et dès-lors devoir à agir. La méconnaissance de ce devoir pendant plus de deux mois rend non-recevable toute action ultérieure.

Notons que par trouble à la possession, la loi entend non une prétention verbale plus ou moins publiquement affichée, mais tout acte sérieux par lequel l'enfant, sans réaliser encore son action, annonce l'intention formelle de l'intenter. Ainsi, le délai de deux mois aurait un point de départ incontestable non-seulement dans l'assignation donnée à la requête de l'enfant afin de restitution de l'hérédité, mais encore dans l'acte extrajudiciaire par lequel il signifie qu'il va se pourvoir. [1]

888. — Les exigences de la loi relativement au délai sont pleinement satisfaites, lorsque, dans la durée de celui qui leur est imparti, le mari ou ses héritiers ont notifié le désaveu par acte extrajudiciaire. Mais, aux termes de l'article 318, cet acte doit être suivi, à peine de nullité et de déchéance, d'une action en justice intentée

[1] Cassation, 21 mai 1817 et 31 décembre 1834; — Orléans, 6 février 1818; — Agen, 28 mai 1821.

dans le mois de sa date. L'omission de cette formalité assurerait la légitimité de l'enfant et rendrait le désaveu comme non avenu. Toutefois, le délai accordé par l'article 518 ne peut jamais restreindre celui accordé par les articles précédents. Il n'est, à proprement parler, qu'un délai supplémentaire. Conséquemment, son expiration n'entraîne réellement la déchéance que si elle coïncide avec celle des délais prescrits par les articles 516 et 517. Tant que ceux-ci ne sont pas écoulés, le désaveu peut être porté en justice malgré qu'il ait été annoncé par un acte extrajudiciaire signifié depuis plus d'un mois. [1]

889. — L'enfant est le défendeur principal au désaveu; c'est donc contre lui que l'action doit être intentée et poursuivie. D'autre part, la mère est aussi une partie essentielle sans la présence de laquelle il serait impossibe de poursuivre le désaveu. Seule, elle pourra fournir tous les renseignements tendant à fixer l'appréciation des magistrats. Elle doit donc être appelée dans l'instance, où elle a d'ailleurs un intérêt précieux à défendre, celui de sa réputation, de son honneur. La mère, agissant en son nom personnel, n'a pas qualité pour représenter l'enfant, auquel, s'il est mineur, il est donné un tuteur spécial. C'est au poursuivant qu'incombe la charge de faire procéder à la désignation de ce tuteur.

[1] Cass., 5 avril 1837; — Rouan, 5 août 1841; — J. D. P., tom. I, 1837, p. 256, et II, 1841, p. 242.

890. — La naissance d'un enfant peut devenir une occasion de fraude contre l'enfant lui-même. C'est ce qui se réalise dans la suppression ou la substitution de part. Elle peut n'avoir rien de réel et couvrir une odieuse spéculation. Telle est la fraude résultant d'une supposition de part.

891. — L'article 345 du Code pénal considère chacun de ces faits comme un crime et le punit d'une peine afflictive et infamante. La peine est donc la même, mais il y a, dans les caractères constitutifs du crime, une différence qu'il importe de noter par rapport aux époux.

Ainsi la substitution d'un enfant peut être opérée, à l'insu des parents, par des tiers avides et intéressés ; la suppression de part se réalisera rarement sans la participation du père ou de la mère ; la supposition implique forcément cette participation. Celle-ci renferme de plus la suppression d'état de l'enfant que l'on enlève à sa famille pour l'introduire dans celle qui lui est étrangère.

892. — L'enfant, à qui l'un de ces crimes a fait perdre sa véritable filiation, est admissible à redemander l'état qu'on a tenté de lui enlever. Son action, à cet effet, était certes éminemment favorable. Cependant sa recevabilité a été subordonnée à l'existence d'une preuve littérale, ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit. La crainte d'encourager les spéculations sur le scandale de pareils procès a déterminé l'adoption de cette règle rigoureuse.

893. — A côté du principe sur le commencement de preuve, le législateur a posé la mesure dans laquelle il entendait le restreindre. Ainsi, ce commencement de preuve ne peut résulter que des registres ou papiers du père ou de la mère; des actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante. Les magistrats ne sauraient donc chercher ailleurs les éléments du commencement de preuve. Mais ils ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le document invoqué appartient réellement à l'une des catégories indiquées par la loi. Ainsi, on a pu juger qu'un simple acte par lequel un mari s'oblige à payer une somme à un enfant peut être regardé comme un commencement de preuve par écrit.[1]

Les énonciations de l'acte de naissance de l'enfant peuvent aussi être offertes comme remplissant cet objet. Mais, à cet égard, la jurisprudence a toujours procédé avec beaucoup de réserve et de circonspection.[2]

Au reste, la disposition de l'article 323 n'est qu'une dérogation au principe de l'article 1348, dérogation commandée par un pressant besoin social, mais dont le législateur ne s'est nullement dissimulé l'extrême rigueur. N'est-il pas, en effet, exorbitant d'exiger d'un enfant, à qui on a volé son état, la preuve écrite du crime dont il est victime. Il convient donc, dans la pratique, de concilier la rigueur du droit avec l'intérêt

[1] Paris, 10 mars 1810.

[2] Dalloz jeune, *Dictionnaire général*, v° *filiation*, n°s 182 et suiv.

qui naît de cette considération, et de mitiger autant que possible la sévérité de la règle. C'est dans ce but que la loi a permis d'admettre la preuve orale, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, lorsque les présomptions et indices résultant des faits dès-lors constants sont assez graves pour l'autoriser. C'est au tribunal investi qu'appartient le droit d'apprécier souverainement la gravité de ces indices et présomptions.

894. — L'action en suppression ou en substitution de part est personnelle à l'enfant. Celle en supposition peut être intentée par les parents et par les tiers qui y ont intérêt : *De partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res pertineat.*[1] L'économie de nos lois n'a rien qui répugne à cette règle, confirmée par la consécration constante de cette maxime : Que l'intérêt est la mesure de l'action.

895. — La réserve faite en faveur des parents ou des tiers a d'ailleurs une autre signification. Malgré que le fait soit un crime aux yeux de la loi pénale, elle exclut la poursuite d'office de la part du ministère public. Ainsi, en l'absence de réclamation de la part des parties intéressées, la supposition de part, même prouvée, ne saurait devenir la matière d'une poursuite criminelle. Vainement a-t-on fait remarquer que cette doctrine assurait l'impunité du coupable, puisque les parents

[1] L. 30, § 1, Dig. *de Lege Cornelia de falsis.*

n'ayant qualité qu'au moment où s'ouvre la succession que l'enfant supposé est appelé à recueillir, l'action publique se trouvait nécessairement éteinte par la mort de l'auteur de la supposition. La Cour de cassation n'en a pas moins été inébranlable dans un principe clairement écrit dans le droit romain, et qui s'induit forcément du texte de l'article 327.

Au reste, quant aux parents eux-mêmes, ce reproche est loin de pouvoir être appliqué dans toutes les hypothèses. Il suppose en effet que l'auteur de la supposition est celui dont la succession est ouverte, tandis qu'il peut se faire qu'il soit resté étranger à cette supposition, malgré qu'elle n'ait été réalisée qu'en vue de sa succession. Il est certain que, dans cette dernière hypothèse, les coupables pourraient être encore atteints par la justice, mais cela se réalisera bien plus facilement par rapport aux tiers. Une personne se marie après avoir donné tous ses biens, désireuse de faire rétracter cette donation, et, n'ayant point d'enfant de son mariage, elle suppose qu'il lui en est né un qu'elle fait inscrire comme sien et poursuit ultérieurement la révocation de la donation. Mais le donataire prouve la supposition. Le jugement qui la consacre permettra au ministère public d'agir dans l'intérêt de la vindicte publique et d'atteindre le coupable.

896. — L'action des parents ou des tiers intéressés est régie, quant à la preuve, par la disposition de l'article 323. Leur demande n'est donc recevable que s'ils rapportent soit la preuve littérale de la supposition, soit

un commencement de preuve par écrit. Ils ne peuvent pas se prétendre plus étrangers à la supposition que l'enfant à la suppression ou à la substitution, ils ne sauraient donc trouver mauvais qu'on les soumette à des exigences que l'enfant doit lui-même subir.

897. — La prohibition de toute poursuite d'office, de la part du ministère public, s'applique au cas de suppression ou de substitution, comme à celui de la supposition. Dans tous les cas, les tribunaux criminels ne peuvent être directement saisis, même par les personnes intéressées, tant que la justice ordinaire n'a point prononcé sur l'existence du fait. Le motif de cette disposition est facile à saisir; en matière criminelle, la preuve testimoniale est de droit commun, et ceux qui n'auraient pu satisfaire aux prescriptions de l'article 323 n'auraient pas manqué de recourir à la juridiction criminelle. Permettre cette voie, c'était donc autoriser la violation de l'article 323, en ce qui concerne le commencement de preuve par écrit; de là, l'attribution exclusive de compétence en faveur des tribunaux ordinaires consacrée par l'article 327. Toutefois l'incompétence de la justice criminelle n'est que temporaire, elle ne doit donc pas se désinvestir d'une manière absolue, il suffit qu'elle surseoit à statuer jusqu'après la décision des tribunaux civils devant lesquels elle doit renvoyer les parties.

898. — Ajoutons que l'action de l'enfant peut avoir pour résultat de lui donner non-seulement une filiation,

mais encore la qualité de fils légitime; ainsi, s'il prouve qu'il est né d'une femme mariée, la maxime *pater is est*... lui assigne en même temps pour père le mari, cependant il est loisible à celui-ci, et sans qu'il doive recourir au désaveu, de soutenir qu'il n'est pas le père, et de demander à le prouver. La preuve peut, aux termes de l'article 325, être faite par tous les moyens propres à établir le fait qu'elle a pour objet de justifier.

—

§ III. — FRAUDES A LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

—

SOMMAIRE.

899. Fraudes que la dissolution du mariage peut faire naître,
900. Caractère du divertissement et du recélé d'objets mobiliers.
901. Différence entre l'un et l'autre et l'omission de déclaration à l'inventaire.
902. Tentative de l'un ou de l'autre. Caractère.
903. Dans tous les cas, le juge est appréciateur souverain des faits constitutifs.
904. Effets du recélé ou du divertissement.
905. Effet spécial contre la femme.
906. Peut-on appliquer la peine du recélé, si les effets détournés depuis avaient été portés dans l'inventaire?
907. Autre effet spécial contre la femme.

899. — La dissolution du mariage, soit par le décès d'un des époux, soit par leur séparation, amène forcément la liquidation de leurs droits respectifs et le partage de la communauté. Alors aussi peut naître chez l'un d'eux la pensée de s'avantager au détriment de l'autre. L'exécution de ce dessein constitue une fraude punissable, c'est à ce titre que la loi s'est occupée du détournement et du recélé des effets de la communauté.

L'un et l'autre constituent un véritable vol faisant, en droit commun, encourir à leur auteur une peine corporelle; mais des considérations puissantes ne permettaient pas qu'il en fût ainsi pour l'époux convaincu. La décence publique, disait le tribun Duveyrier, le souvenir du lien auguste qui vient de se rompre ou la dignité du mariage qui, quelquefois subsiste encore, ne permettaient pas d'apporter ici ni l'idée, ni le nom, ni la poursuite d'un délit.

Conséquemment, et pour l'un des époux, divertir ou recéler les effets de la communauté, c'est commettre

une simple fraude. Quels en sont les caractères constitutifs, qu'elle est la peine qu'on doit lui appliquer? C'est ce que nous allons exposer.

900. — Il y a divertissement des effets communs, lorsque directement ou indirectement l'époux a dissipé ou consommé une portion quelconque de l'actif de la communauté; il y a recélé, lorsque sciemment on a omis de les faire porter à l'inventaire ou qu'on les a fait disparaître du domicile dans lequel ils devaient se trouver.

Dans l'un et l'autre cas, la condition essentielle c'est l'intention de frauder le conjoint de la part lui revenant. Ainsi le fait matériel ne constitue pas à lui seul la fraude punissable, celle-ci n'existe qu'autant que ce fait est dicté par la mauvaise foi et par une volonté arrêtée de profiter exclusivement des effets détournés et recélés. La preuve de cette double circonstance est donc indispensable pour obtenir la réparation prescrite par la loi.

901. — Toutefois, et au point de vue de la moralité de l'action, il existe une notable différence entre la simple omission à l'inventaire et les autres caractères constitutifs du divertissement ou du recélé. L'époux qui omet peut avoir agi de très bonne foi et même dans l'ignorance la plus complète de l'existence des objets sur lesquels porte l'omission. Mais cette bonne foi et cette ignorance sont plus difficiles à supposer et à admettre chez celui qui a dissipé, consommé ou enlevé les effets qu'on réclame de lui. Des actes de ce genre ne

peuvent raisonablement, alors surtout que leur auteur connaît l'origine des effets, comporter d'autre idée que celle d'une fraude au préjudice du conjoint ou de ses héritiers.

Quoi qu'il en soit, l'intention frauduleuse doit être prouvée, seule elle imprime à l'acte le degré de gravité indispensable pour sa répression.[1]

902. — De là il résulte que le divertissement ou le recélé perdant le caractère de délit, dans ses conséquences à l'endroit de l'époux, conserve ce caractère dans ses conditions constitutives. C'est la culpabilité de l'acte et non la matérialité à laquelle il faut s'arrêter. Dès-lors on a pu très juridiquement juger que l'époux qui, après la dissolution de la communauté, a fait volontairement des déclarations desquelles il est résulté qu'il présentait comme lui étant propre des biens qui devaient être compris dans la communauté, peut être déclaré coupable de recel;[2] et que la tentative de divertissement, lorsqu'elle n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de son auteur, suffit pour emporter la déchéance.[3]

La tentative de détournement ou de recélé est donc punissable comme le fait lui-même, mais à la condition que, persistant dans le projet conçu, l'auteur n'ait vu ce projet échouer que par un fait indépendant de sa vo-

[1] Paris, 28 août 1837; — J. D. P., 1838, t. I, pag. 666.
[2] Bordeaux, 5 janv. 1826, et 18 janv. 1838; — J. D. P. 1840, tom. 2, pag. 553.
[3] Bordeaux, 18 janvier 1838, *loco citato*; — Paris, 22 juin 1828.

lonté. Si l'abandon du projet était volontaire, si même après avoir consommé le détournement, l'époux avait spontanément, et avant toute poursuite, restitué ce qu'il a enlevé ou offert d'en tenir compte à la communauté, la peine prononcée par l'article 1477 deviendrait inapplicable, il en serait à plus forte raison ainsi pour l'héritier qui restituerait librement les objets que son auteur aurait détourné de la communauté.[1]

903. — Au reste, pour le divertissement comme pour le recélé, les tribunaux sont les arbitres souverains des faits pouvant les constituer.[2] La culpabilité de l'époux poursuivi est donc laissée à leur consciencieuse appréciation, il suffit d'ailleurs que l'acte reproché ait été commis sciemment, qu'il doive entraîner pour résultat une lésion pour le conjoint, un avantage pour son auteur. C'est ainsi que la Cour de cassation a vu le recélé prohibé dans la vente simulée faite par le mari d'effets mobiliers de la communauté dans le but de se les approprier.[3]

904. — Les effets du divertissement ou du recélé des biens communs sont réglés par les articles 1460 et 1477 du Code civil. La femme, comme le mari, perd la portion qui lui serait obvenue dans les effets divertis et recélés. Ces effets, restitués à la communauté, n'entrent

[1] Paris, 5 août 1839;—J. D. P. 1839, tom. II, pag. 485; —Cass., 10 décembre 1835.

[2] Cass., 12 août 1828 et 18 janvier 1834.

[3] 5 avril 1832.

plus en partage, quelque considérables qu'ils soient, ils sont intégralement dévolus à celui des époux auquel on a voulu les soustraire. Ainsi, dit M. Dalloz, l'époux coupable ne partagera pas la valeur des effets contenus dans un riche portefeuille qu'il aurait recélé, et même les acquets dont il aurait voulu dérober la connaissance en soustrayant les titres. C'est, on le voit, la peine du talion dans toute son énergie.

905. — La peine de l'article 1477 s'applique au mari et à la femme indifféremment. En ce qui concerne celle-ci, le détournement produit d'autres effets non moins importants; ainsi, aux termes de l'article 1460, elle doit être déclarée commune nonobstant sa renonciation.

La femme perd donc par le recélé l'option qui lui est laissée d'accepter ou de renoncer à la communauté. En recélant, elle a fait acte d'immixtion qui fixe désormais sa position et la rend déchue de la faculté de renoncer. Il résulterait de là cette conséquence que le recélé prévu par l'article 1460 est celui qui se réalise avant la renonciation.

Donc, si la femme avait d'abord renoncé et qu'elle se fût plus tard emparée de quelques effets de la communauté, on ne pourrait la faire déclarer commune. Cette doctrine puisée dans le droit romain avait été consacrée par notre ancienne jurisprudence. Nous pensons avec Toullier [1] qu'on doit la suivre encore. En effet, après la

[1] T. XIII, nos 216, 219.

renonciation de la femme, il n'y a plus de communauté, l'actif porté à l'inventaire est devenu le patrimoine du mari ou de ses héritiers. Les soustractions dont cet actif est l'objet constituent donc des vols contre le mari, contre ses héritiers, dont la réparation ne pouvait être poursuivie, en droit romain, que par l'action *rerum amotarum*; qui donneraient aujourd'hui ouverture à une poursuite criminelle, si les considérations que nous avons rappelées, si l'article 380 du Code pénal permettaient autre chose qu'une action civile en dommages-intérêts.

906. — L'époux encourrait-il la peine du recélé, si les effets détournés avaient été compris dans l'inventaire ? L'affirmative enseignée par Toullier ne nous paraît pas admissible. Evidemment, ce que la loi a voulu prévenir et réprimer ce sont les soustractions réalisées à l'insu des intéressés, et qui rencontrent dans cette ignorance même des chances de réussite. Or les effets inventoriés sont par cela même connus de tous, de telle sorte que chacun se trouve en position d'en demander compte. La disposition que fait l'un des copartageants, de quelques-uns de ces effets, est donc plutôt une attribution anticipée qu'une véritable soustraction. Les cohéritiers ont d'ailleurs le moyen de prévenir tout préjudice soit en les faisant rapporter à la masse, soit en les imputant sur la portion de celui qui s'en est emparé, et cette faculté, faisant disparaître toute possibilité d'un dommage quelconque, enlève à la fraude son caractère essentiel. En effet, il n'y a fraude que s'il y a

un préjudice; on ne saurait dès-lors appliquer ni l'article 1460, ni l'article 1477.[1]

907. — Indépendamment de la faculté de renoncer, le recélé fait perdre à la femme le bénéfice que lui confère l'article 1483 de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. En effet, une des conditions essentielles de ce privilége, c'est qu'il ait été rédigé un bon et fidèle inventaire. L'existence avérée d'un détournement ou d'un recélé est exclusif de toute idée d'accomplissement de cette condition. La perte du privilége est donc la juste conséquence de cet état des choses.

Ainsi, pour les époux indifféremment, avoir diverti ou recélé les effets de la communauté, c'est avoir perdu tout droit au partage de ces effets. Cette conséquence est absolue. L'offre que l'époux poursuivi ferait de tenir compte à la communauté de la valeur de ces effets, ou même de les restituer en nature, ne pourrait suspendre ni empêcher l'effet de la peine qu'il a encourue.[2]

908. — Pour la femme spécialement, le recélé a pour résultat de la priver du droit de renoncer, de la faire déclarer commune, et de plus tenue *ultra vires* des dettes de la communauté. Mais cette peine est toute dans l'intérêt soit du mari ou de ses héritiers, soit des créanciers; dès-lors la faculté de la faire prononcer leur

[1] Paris, 5 nivôse an XIII.
[2] Colmar, 6 avril 1813; — Sirey, 15, 2, 66.

appartient exclusivement; ils peuvent se borner à poursuivre la restitution des effets détournés ou de leur valeur, le mari ou ses héritiers surtout pouvant être intéressés au maintien de la renonciation réalisée après le recélé.

909. — De leur côté, la femme ou ses héritiers qui, trompés sur la consistance de l'actif, auraient renoncé à la communauté, peuvent, après la découverte des soustractions opérées par le mari, se faire relever de leur renonciation. La renonciation n'aurait été, dans ce cas, que le résultat de l'erreur; et cette erreur n'étant imputable qu'à la fraude du mari, le consentement donné par la femme ou par ses héritiers se trouverait vicié dans son essence et insuffisant pour créer un lien obligatoire quelconque. On ne pourrait le décider autrement sans admettre que le mari pût se faire un titre de sa propre turpitude.

D'ailleurs la fraude, comme le dol, fait exception à tous les principes; la renonciation, qu'elle aurait seule déterminée, ne saurait être valable. Il y a entre elle et l'acceptation dont parle l'article 783 du Code civil une analogie frappante, on devrait donc appliquer à l'une la règle tracée pour l'autre.

910. — Une question controversée en jurisprudence est celle de savoir si l'époux survivant qui a frauduleusement détourné des effets dépendant de la communauté est privé non-seulement de la part qui lui appartiendrait dans ces effets, en sa qualité de commun en

biens, mais encore de celle à laquelle il aurait droit comme donataire de son conjoint, soit par institution contractuelle, soit par donation entre-vifs ou par testament ?

Sous l'empire de notre ancien droit, la jurisprudence avait consacré l'affirmative. Toullier cite notamment, un arrêt du 15 mai 1656, jugeant : que, quand le survivant, qui a commis le recélé ou le détournement, est donataire en usufruit de la part du prédécédé, il doit être privé de cet usufruit dans les choses recélées. Toullier ajoute que cet arrêt est conforme au principe. En effet, le droit romain assimilait le légataire à l'héritier et le privait de tous droits aux choses recélées.[1]

Doit-il en être de même depuis la promulgation du Code civil? La raison de douter se tire de ces termes de l'article 1477 : *Est privé* DE SA PORTION *dans lesdits effets*. D'où l'on tire la conséquence que la disposition générale ne porte que sur la portion afférente à celui qui a commis le recélé; que, par cela même, on ne peut l'étendre au droit donné ou légué sur la portion du prédécédé; que ce droit, résultant non de la loi mais de la volonté du donateur ou testateur, n'est subordonné à aucune condition; qu'il est dès-lors indépendant du fait du recélé à l'égard duquel on ne peut qu'appliquer limitativement, et non étendre la peine prononcée par la loi.

Il est facile de répondre à ces considérations. L'époux commun en biens, qui se trouve en même temps dona-

[1] L. 48, Dig. *ad Sen. cons. Trebellianum.*

taire ou légataire d'une quote-part de l'hérédité, ne peut isoler ces deux qualités dans les fraudes qu'il lui plaît de tenter. Lors donc qu'il recèle, il le fait : comme époux, contre la communauté ; comme donataire ou légataire, contre la succession. Il est évident, en effet, qu'en diminuant l'actif de la communauté, il amoindrit la succession. On ne fait donc qu'un acte d'équité et de justice en lui appliquant : comme époux, l'article 1477 ; comme légataire ou donataire, l'article 792.

Il est vrai que celui-ci ne parle que des héritiers, mais ce terme comprend évidemment le mari donataire ou légataire d'une quote-part, comme tout autre légataire universel ou à titre universel. Qu'on ne voie pas un héritier dans le légataire d'un corps certain ou d'une somme déterminée, cela se comprend, mais le légataire, dont la part se règle sur la consistance de l'actif de la succession, est un véritable héritier, il en a les obligations comme les droits.

Cela est surtout vrai à l'égard du conjoint survivant. L'esprit de l'article 792 le démontre d'une manière victorieuse. Cet article ne parle que des héritiers, parce que ceux-ci, ayant en général le maniement de l'hérédité, sont par leur position à même de vouloir en dérober une part quelconque et en position de faire réussir la fraude. Cette position n'est-elle pas celle de l'époux survivant ? N'est-il pas à la tête de la communauté au moment de la dissolution du mariage ? Ne l'administrera-t-il pas au moins un moment ? Il est dès-lors évident que les fraudes exécutées par lui contre ses cohéritiers doivent avoir les mêmes conséquences que celles

dont ceux-ci pourraient se rendre coupables à son encontre.

D'ailleurs le recélé tenté dans ces circonstances ne manque pas d'affecter les ayant-droit, soit comme communistes, soit comme cohéritiers. Le préjudice les atteignant de ces deux côtés, il est juste que la réparation leur soit accordée à ce double titre. Si c'est là de la sévérité, il faut avouer qu'elle est très bien placée, puisque l'époux qui voudra s'y soustraire n'aura qu'à rester fidèle aux lois de la probité et de la délicatesse.

Il faut se garder d'encourager les recélés qu'on a tant de facilité à commettre. Or la punition ne serait pas suffisante pour les prévenir, si le coupable pouvait, à un titre quelconque, participer comme propriétaire ou usufruitier aux choses qu'il a voulu soustraire. C'est dans ce sens que paraît devoir se fixer la jurisprudence.[1]

911. — Le détournement commis par l'époux ne pouvant constituer un délit, il en résulte qu'on ne saurait en poursuivre la répression devant la juridiction correctionnelle ou criminelle. Le juge civil est seul compétent pour l'apprécier et pour prononcer soit sur la restitution, soit sur les dommages-intérêts. Il en résulte encore que l'allocation de ces dommages-intérêts ne saurait entraîner la contrainte par corps.

[1] Pour : Cass., 5 avr. 1832, 16 janv. 1834, 10 déc. 1835; — Paris, 25 juin 1828; — Bordeaux, 18 janv. 1838; — Bourges, 10 fév. 1840; — Riom, 6 août 1840; — J. D. P., 1840, tom. II, p. 553 et 612, 1841, t. I, p. 303.

Contre : Colmar, 29 mai 1823; — Poitiers, 30 nov. 1830.

Mais il n'en est pas de même pour les complices. Celui qui aurait assisté l'époux dans les détournements, ou recélé les effets soustraits, serait passible de la peine du vol. Il pourrait donc être criminellement poursuivi et condamné non-seulement aux dommages-intérêts, mais encore à une peine corporelle, sauf cependant les exceptions prévues par l'article 380 du Code pénal.

—

SECTION II. — FRAUDE DANS LES PARTAGES.

—

SOMMAIRE.

912. L'égalité entre les copartageants est la règle absolue de tout partage. Nature des atteintes que cette règle peut recevoir.
913. La lésion accidentelle n'est une cause de rescision que si elle est du quart.
914. Caractère de cette exigence de la loi.
915. Elle reçoit exception lorsque la lésion est le résultat de la fraude.
916. Ou lorsque la lésion coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible.
917. L'action en lésion se prescrit par 10 ans.
918. Point de départ de cette prescription pour les partages ordinaires.
919. Il ne commence à courir, dans le partage de présuccession, que du jour du décès de l'ascendant.

912. — Nous venons de voir que la communauté entre époux était de nature à inspirer, au moment de la dissolution du mariage, des fraudes sur lesquelles le législateur a dû veiller. Ce qui est à redouter dans cette circonstance peut également se réaliser dans tous les cas où une communion d'intérêt amène la nécessité d'une liquidation et d'un partage; et, par exemple, dans une succession.

La condition essentielle de tout partage est l'égalité la plus absolue entre les divers intéressés, chacun d'eux doit recevoir l'intégralité de ce qui lui revient. Toute atteinte à cette règle d'équité et de justice, devenant un préjudice pour l'un, un avantage illicite pour l'autre, constitue en résultat une fraude manifeste, si elle n'est déterminée par l'erreur commune.

Cette atteinte peut être occasionée par des causes différentes. Elle se produit par une composition vicieuse des lots, ou par une fausse estimation des objets à partager; par la dissimulation d'une part plus ou moins importante de l'actif ou par l'exagération du chiffre du passif. L'existence des premières donne ouverture à l'action en lésion, celle des secondes à l'action en recélé.

913. — La lésion purement accidentelle n'est, aux termes de l'article 887 du Code civil, une cause de rescision du partage que si le préjudice en résultant équivaut au quart de ce que le copartageant devait recevoir. Conséquemment la partie poursuivante ne peut réussir dans sa demande en annulation que s'il justifie qu'il n'a reçu que les trois quarts de ce qui lui revenait. Cette justification faite, le partage est annulé; mais la jurisprudence a admis qu'on peut dans ce cas se borner à condamner les défendeurs à compléter la part du demandeur et à faire ainsi disparaître le préjudice souffert par celui-ci.

914. — L'exigence de la loi, quant à l'importance

de la lésion, pourrait paraître extraordinaire. En effet, quelle que soit la lésion, l'égalité n'est pas moins blessée dès que l'un a reçu plus et l'autre moins. Il semblerait donc que la plainte devrait par cela seul être permise.

Mais des considérations puissantes justifient la doctrine consacrée par la loi. L'intérêt public exige pour le droit de propriété la plus grande stabilité. Permettre de revenir sans cesse, et pour la moindre lésion, contre un acte de partage, c'était méconnaître ce grand principe, c'était placer la propriété sous le coup d'une menace perpétuelle et en gêner la disposition pendant la durée du temps nécessaire à la prescription de l'action; c'était enfin compromettre les droits que des tiers avaient légalement acquis sur la foi d'un acte régulier et authentique, tout cela d'ailleurs en faveur d'un intérêt privé coupable au moins d'une évidente négligence.

En effet, chaque copartageant est tenu, avant de procéder au partage, de s'assurer de la valeur réelle des objets à partager, et de veiller ainsi à l'égalité des lots. Celui qui a mis de la négligence à remplir ce devoir a commis une faute dont on pouvait justement lui laisser la responsabilité et lui imposer les conséquences.

Ces divers motifs avaient même paru suffisants pour faire repousser l'action en rescision, alors même que la lésion aurait dépassé le quart. Le copartageant, disait-on au conseil d'État, doit être assimilé au vendeur. On ne doit lui accorder la faculté de revenir que dans

le cas où cette faculté est reconnue à celui-ci, c'est-à-dire lorsque la lésion est de sept douzièmes.

Mais cette opinion fut repoussée parce que, disait le rapporteur du tribunat, l'égalité qui doit être observée dans les partages exige que la rescision soit admise pour cause de lésion, et même pour une lésion moindre que celle qui est nécessaire en ventes ordinaires. Dans ces ventes, il se fait une espèce de négoce, de trafic, n'exigeant pas une égalité aussi rigoureuse que dans les partages où rien n'est à commercer, ni à négocier.

La limite posée par l'article 887 fut donc adoptée, mais comme une faveur et à titre d'indulgence pour le copartageant. On le relève ainsi de sa trop aveugle confiance dans une limite ne pouvant dès lors être accusée de sévérité. Il importait de signaler ce caractère de l'article 887 du Code civil, les tribunaux peuvent y trouver un mode devant les diriger dans l'application qu'ils seront appelés à en faire.

915. — Cette règle à suivre lorsque la lésion résulte d'une erreur commune reçoit exception en cas de fraude. Nous l'avons déjà dit, la fraude fait et a dû faire une exception à tous les principes, conséquemment si le préjudice dont le copartageant se plaint a pour unique cause la fraude; s'il n'est dû qu'à la déloyauté, il devra être réparé, alors même que son importance n'atteindrait pas au quart de la portion lui revenant, à plus forte raison en serait-il ainsi si l'emploi de manœuvres frauduleuses venait donner à l'acte dont on se plaint le caractère du dol.

916. — Une seconde exception à l'article 887 doit être admise dans le cas où l'existence du préjudice coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible. Dans ce cas, en effet, la lésion entamerait la réserve légale, et l'on sait qu'un pareil résultat est sévèrement proscrit. Cette réserve doit, dans tous les cas, arriver intacte entre les mains des ayant-droit. Il y aurait donc lieu dans ce cas : soit d'ordonner un nouveau partage, soit d'accorder un supplément pour faire disparaître la lésion quelle qu'elle fût.

917. — Aucune loi spéciale ne réglant la durée de l'action en rescision du partage, il y a lieu de recourir au principe général de l'article 1304 du Code civil. En conséquence le droit de l'intenter se prescrit par dix ans.

918. — Le point de départ de ces dix années ne saurait faire la matière d'un doute pour les partages ordinaires. C'est du jour de l'acte que la prescription commence de courir. Néanmoins, si la lésion est le produit du dol et de la fraude, le délai de cette prescription ne date que du jour de la découverte de l'un ou de l'autre.

919. — Il n'en est pas ainsi pour les partages de présuccession faits par l'ascendant. Une grave controverse s'est établie sur le point de savoir si le délai devait être compté du jour de l'acte, ou seulement de celui du décès de l'ascendant, auteur du partage.

920. — A l'appui de la première opinion on a dit : sous l'empire des lois anciennes, les actes de partage effectués par les ascendants n'étaient jamais que des actes d'une nature mixte, participant à la fois et presque au même degré du testament et de la donation ; ils ne se trouvaient régis par aucune disposition qui fixât leurs formes et précisât leurs effets. Dans la doctrine, comme dans la jurisprudence, il ne régnait que controverse et incertitude sur le caractère de ces actes.

Le législateur moderne, enseigné par l'expérience, n'eut garde de négliger une matière si importante. L'article 1076 porte : Les partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments. Les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. Ainsi, aujourd'hui, l'acte par lequel un ascendant procède à un partage entre vifs est soumis à toutes les conditions et règles prescrites pour les donations.

Or, la donation est un contrat, une convention, et à ce titre elle tombe inévitablement sous le coup de l'article 1304 du Code civil, qui limite à dix ans, à partir du jour de l'acte, la durée de l'action en rescision. La conséquence est donc qu'un partage entre vifs, effectué par un ascendant, ne saurait être attaqué pour cause de lésion que dans les dix ans du jour de son acceptation.

Cette conclusion, tirée des principes généraux, se trouve confirmée par les dispositions spéciales à la matière. Les articles 1075, 1076 et 1079 du Code civil gardent le silence le plus absolu sur l'exception qu'on

prétend introduire, et qui consisterait à ne faire courir le délai de dix ans qu'à compter du décès de l'ascendant. Cependant une telle exception aurait besoin d'une consécration d'autant plus expresse, qu'elle toucherait à la fois à la stabilité des propriétés et aux principes qui protègent, après un laps de dix ans sans réclamations, les droits acquis en vertu des contrats.

Mais ce n'est pas par son silence seulement, c'est aussi par ses termes que la loi résiste à l'idée qu'il ait jamais été dans l'intention du législateur de ne faire courir le délai de dix ans qu'à compter du décès de l'ascendant, et non du jour du partage dont il est l'auteur.

De toutes les difficultés communes aux partages après décès, et aux partages anticipés, il n'en est pas une qui, déjà prévue au chapitre 6 du titre des successions, ait été on ne dira pas de nouveau et spécialement réglée, mais simplement rappelée dans le chapitre 7 du titre des donations et testaments. Ne faut-il pas en conclure que les règles du partage après décès ont été manifestement, dans la pensée du législateur, le complément nécessaire de celles, d'ailleurs fort insuffisantes, qu'il a tracées au chapitre des partages d'ascendants, qui ne renferme en tout que six articles.

Cette vérité semble ressortir de l'article 1079 du Code civil, ainsi conçu : le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus d'un quart.

On voit que le législateur, après avoir exprimé que l'action en rescision sera admise, n'ajoute rien pour en fixer la durée. N'est-ce pas dire qu'il entend s'en réfé-

rer à la règle générale, qui ne permet de l'exercer que dans les dix ans du partage? Ce langage devient positif si, du texte, on rapproche les motifs qu'en a donné l'orateur du gouvernement. Des explications de M. Bigot de Préameneu, il résulte, en effet, qu'en réservant aux ascendants la faculté de présider à la répartition de leurs biens, le législateur s'est proposé, d'abord, d'assurer au père le pouvoir de régler le sort de la famille, en fixant à jamais les droits de ses enfants, et ensuite d'apporter un remède aux graves inconvénients qui naissaient, dans l'ancienne législation, de la résolution des droits attribués par les partages anticipés. Cette double intention resterait sans effet dans le système contraire.

Cette doctrine, développée dans une consultation de M. Dalloz aîné, consacrée par plusieurs Cours, a été sanctionnée par la Cour de cassation. [1]

921. — Le système contraire, que plusieurs Cours ont adopté, se fonde sur les considérations suivantes : Bien qu'il résulte implicitement de l'article 1304 du Code civil que la prescription de toute action rescisoire commence du jour de l'acte attaqué, on ne peut toutefois raisonnablement supposer que le législateur ait entendu soustraire cette nature d'action aux règles régissant la prescription en général. Il est de principe que la prescription ne peut commencer de courir que du jour où celui qui veut attaquer un acte est complè-

[1] 13 juillet 1836, 4 février 1844 ; — D. P., 36, 1, 297; 45, 1, 49.

tement fixé sur l'étendue des droits que cet acte lui confère; que s'il résulte, soit de l'acte lui-même, soit des dispositions de la loi, que ces droits ne seront entièrement déterminés que par un événement postérieur à l'acte, il est évident que ce n'est qu'à la survenance de cet événement que l'action en rescision peut être exercée, puisque jusqu'alors le droit, à raison duquel peut naître l'action, reste indéterminé. Il suit de là que si la part héréditaire de l'enfant ou descendant qui a concouru à un partage anticipé ne peut être connue définitivement qu'à l'époque du décès de l'ascendant auteur du partage, ce ne sera également qu'à cette époque qu'il faudra se pourvoir contre le partage, puisque alors seulement il connaîtra s'il est ou non lésé.

Les enfants ou descendants ne sont aptes soit à attaquer les dispositions prises par leur auteur, soit à revenir sur les partages faits par lui, que dans les cas déterminés par la loi. Ils ne peuvent notamment réclamer une part héréditaire plus forte que celle qui leur a été attribuée, que lorsque celle-ci est inférieure à leur réserve légale.

Or, la succession d'un individu ne s'ouvre que par sa mort naturelle ou civile. Cette succession se compose de l'universalité des biens, soit qu'il en possède encore au jour de son décès, soit qu'il en ait pendant sa vie disposé à titre gratuit. C'est par la liquidation de cette universalité que s'établira nettement la réserve légale afférente à chacun des enfants ou descendants. Dès-lors, et jusqu'à cette liquidation, il ne peut exister de lésion et conséquemment d'action en réparation.

Les articles 1075 et suivants ne dérogent en rien à ces principes. Ils confèrent bien à l'ascendant la faculté de faire lui-même le partage entre ses descendants, partage que ceux-ci pourront attaquer s'il y a lésion ou insuffisance dans l'attribution faite à chacun d'eux. Ils admettent que les biens non partagés, que l'ascendant délaissera à son décès, seront divisés aux formes de droit. Mais ils n'établissent ni expressément, ni tacitement que, pour évaluer la quotité disponible et la lésion, il ne faut avoir égard qu'aux seuls biens ayant fait la matière du partage et nullement à ceux existant encore dans la succession. De ce silence du législateur, il faut conclure qu'il n'a voulu porter aucune atteinte aux principes d'après lesquels il prescrit qu'il sera procédé à cette évaluation aux titres des successions et donations.

Il résulterait du système contraire qu'il y aurait, pour les biens délaissés par le même individu, deux successions distinctes et entièrement indépendantes l'une de l'autre : la première, réglée de son vivant, l'effet du partage anticipé ; la seconde, à régler après son décès; il existerait donc deux réserves légales, deux quotités disponibles, conséquence bizarre et cependant forcée, à laquelle on ne peut raisonnablement supposer que le législateur ait voulu arriver. [1]

Ainsi, il ne peut y avoir lésion appréciable qu'après le décès de l'ascendant et au moment où il sera procédé à la constitution générale et définitive de la masse

[1] Nîmes, 17 mars 1841 ; — J. D. P., tom. II, 1841, p. 52.

active de la succession. Jusque-là, il ne saurait en exister réellement aucune, puisque l'inégalité offerte par le partage anticipé pourra disparaître par une attribution spéciale sur les biens encore libres. Ce ne serait donc que dans l'hypothèse où il n'en existerait aucun de ce genre au décès de l'ascendant, que toute affectation supplémentaire devenant impossible, naît la certitude d'une lésion et que s'ouvre conséquemment l'action en rescision. Dès ce moment aussi, l'action devenant recevable, le délai de la prescription, suspendu jusque-là, commence de courir.

922. — Cette doctrine nous paraît plus équitable, plus conforme aux véritables principes. Aux considérations décisives qui précèdent, on peut en joindre d'autres qui ne sont ni moins puissantes, ni moins juridiques. Ainsi, et en première ligne, l'exercice de l'action en lésion suppose chez celui qui s'y livre le droit de contraindre à un nouveau partage plus équitable.

Le descendant n'a pas ce droit. Il est pendant toute la vie de son auteur sans qualité, car cette qualité est une conséquence du droit de copropriété sur la masse des biens à partager, droit qui ne saurait exister tant que la succession n'est pas effectivement ouverte.

Dans l'opinion que nous combattons, on veut faire résulter l'acquisition de ce droit en faveur du descendant, de la nature même de l'acte; et c'est ainsi qu'on soutient que le partage anticipé participe du contrat et de la donation.

Cette qualification est une hérésie en droit; elle in-

tervertit la nature et le caractère du contrat; elle en méconnaît la portée véritable.

L'ascendant ne s'est jamais désinvesti de la généralité de ses biens. Il les divise lui-même à ses plaisir et volonté. Le désaisissement est successif et spécial, chaque descendant n'a jamais eu la propriété de ce qui est entré dans le lot des autres, car les biens ne sortent de la possession de l'ascendant que pour passer immédiatement dans celle de chacun d'eux. Leur rôle à tous n'est donc qu'une acceptation de la donation particulière qu'ils reçoivent, dont la régularité et l'existence actuelle n'a nul besoin de leur concours, ni de leur consentement.

En réalité donc, il n'intervient et ne peut intervenir de contrat de descendant à descendant. Le partage anticipé n'est qu'une donation qui se renouvelle autant de fois qu'il y a de parts à faire, et dont l'intérêt pour chacune d'elles se concentre entre celui qui reçoit et celui qui donne. Mais les donataires entre eux n'ont jamais été dans l'indivision que le contrat supposé aurait eu pour objet de faire cesser.

Ce principe vient d'être formellement consacré par la Cour de cassation. Dans une espèce qui lui était soumise, la Cour d'Amiens avait vu dans le partage fait par l'ascendant, d'abord la donation créant une indivisibilité entre les ascendants, ensuite un contrat particulier à ceux-ci, ayant pour objet de faire cesser l'indivision.

Mais, sur le pourvoi dont il a été l'objet, l'arrêt d'Amiens a été cassé par la Cour suprême, le 4 juin 1849;

Attendu qu'on ne saurait voir dans cet acte, comme l'a fait la Cour d'Amiens, deux contracts distincts, indépendants, dont l'un, donation du père aux enfants, aurait saisi immédiatement ceux-ci de la propriété indivise des biens donnés, dont l'autre étranger au donateur, exclusivement personnel aux donataires, aurait eu pour objet le partage de ces biens; qu'on ne peut briser de la sorte l'unité d'un contrat dont toutes les stipulations concourrent au but que le père de famille déclare s'être imposé, sans dénaturer le caractère de l'acte.[1]

Cet arrêt est d'autant plus remarquable que, dans l'espèce, le père de famille avait donné tous ses biens à ses enfants qu'il avait ensuite dirigés dans le partage consenti par eux. On ne devrait dont pas résister lorsque c'est le père lui-même qui, procédant au partage, a formé les parts, et que les enfants ne sont intervenus que pour accepter celle qui lui est attribuée.

Chacun des descendants n'est donc qu'un donataire. Comment donc lui reconnaître le droit et lui faire un devoir de se plaindre de la lésion relativement à d'autres donations qu'il n'a pu ni régler, ni empêcher? Dans un moment surtout où il n'existe pas même encore une lésion appréciable, ainsi que nous venons de l'établir.

Sous un autre rapport, la demande en rescision serait plus irrécevable encore. L'ascendant, tant qu'il vit, est l'arbitre souverain de sa fortune et de la disposition à laquelle il lui convient de recourir. Il peut donner tout à l'un, ne donner rien à l'autre, investir même un

[1] Dalloz P., 49, 1. 307.



étranger de l'universalité de ses biens, sans que les héritiers futurs, même légitimes, puissent l'en empêcher ni s'en plaindre. Incontestablement, la faculté de donner le tout implique celle de créer des portions inégales, sauf les réclamations que la mort du donateur soulèvera et pourra faire consacrer, quant à ce, si cette inégalité va jusqu'à entamer la réserve légale, ou constitue pour un des portionnaires un préjudice de plus d'un quart.

Mais si d'une part, et pendant la vie de l'ascendant, le descendant n'est que donataire; si d'autre part le premier n'a, dans les libéralités qu'il concède, d'autre règle à suivre que sa volonté ou ses caprices, la conséquence rigoureuse n'est-elle pas que l'enfant ou descendant ne pourra être admis à se plaindre? Il pouvait ne rien recevoir, et, parce qu'il a reçu quelque chose, on l'admettrait à quereller la détermination du père de famille, qu'on l'eût forcé de respecter dans le premier cas?

Admettez que la demande de l'enfant fût recevable, quelle sera la conséquence de l'action accueillie par la justice? La rescision de l'acte et, par une déduction logique, la reprise de possession par l'ascendant de la masse partagée et le refus absolu de procéder à un nouveau partage. Ce qui arrivera, peut-être, c'est que, pour punir celui qui a fait annuler son œuvre, l'ascendant délaissera l'intégralité de sa fortune à ses autres enfants, heureux encore si, pour punir ce qu'il considérera comme un acte de désobéissance et de rébellion, il ne cherche pas à dénaturer sa fortune pour avantager, par

la fraude, celui qu'il avait voulu favoriser. Obliger l'enfant à attaquer du vivant de l'ascendant, c'est donc le contraindre à agir contre son propre intérêt ; c'est l'exposer à perdre plus encore que ce que la réussite de son action serait dans le cas de lui faire gagner.

L'article 1079, dit-on, fait obstacle à ce résultat. Il consacre en effet le désinvestissement de l'ascendant dès que le partage est par lui régulièrement consommé. Dès cet instant cesse aussi la liberté illimitée qu'il avait de disposer de ses biens, il n'y a plus qu'une question d'égalité intéressant les descendants et les concernant dès-lors exclusivement.

Erreur évidente et certaine. Il est bien vrai que l'acte de partage désinvestit l'ascendant, et cela par la raison toute simple que ce partage constitue cette disposition qu'il était libre de réaliser ou non. En conséquence, tant que ce partage existe, le désinvestissement est incontestable, mais la rescision qui viendrait l'atteindre en ferait cesser tous les effets et autant en ce qui concerne l'ascendant, que par rapport aux descendants eux-mêmes. Les droits du premier revivraient donc en leur entier, avec d'autant plus de raison et de certitude que seul il a des droits sur la masse totale, chaque copartagé n'ayant jamais pu posséder que la part que lui attribuait le partage.

Ne perdons donc pas de vue, d'ailleurs, que l'ascendant ferait justement observer que son désinvestissement n'avait été par lui consenti qu'à condition que sa volonté ne rencontrerait aucun obstacle. Or, la rescision, détruisant l'édifice par lui organisé, fait disparaître

cette condition; il reprend la propriété dont il s'était dépouillé et il rentre dans la faculté de retenir ses biens ou de les abandonner de nouveau.

Pour que l'article 1079 pût avoir pour effet de faire survivre le désinvestissement de l'ascendant aux conditions l'ayant déterminé, il faudrait que le législateur eût fait un devoir d'attaquer le partage de son vivant. Mais l'article 1079 est muet à cet égard, et ce n'est que par une induction fort hasardée qu'on prétend établir le contraire.

En effet, dit-on, de toutes les difficultés communes aux partages après décès et aux partages anticipés, il n'en est pas une qui, déjà prévue au chapitre 6 du titre des successions, ait été, on ne dira pas de nouveau et spécialement réglée, mais simplement rappelée dans le chapitre 7 du titre des donations et testaments; ne faut-il pas en conclure que le rappel dans l'article 1079, d'une faculté écrite dans l'article 887, est la preuve que le législateur a voulu faire partir le délai de dix ans du jour de l'acte?

Non certes, telle n'est pas la conclusion à tirer du rapprochement des articles 887 et 1079. Si ce dernier est explicite sur la faculté d'attaquer le partage anticipé pour cause de lésion de plus du quart, c'est que le législateur, introduisant un droit nouveau, ne pouvait pas ne pas s'en expliquer.

Dans notre ancien droit, en effet, l'action en lésion, ouverte contre les partages après décès, n'était pas admise contre le partage fait par l'ascendant lui-même. fidèles aux inspirations du droit romain, on considérait

ce partage comme l'exercice d'un acte de la puissance paternelle qu'il fallait respecter, alors même qu'il portait atteinte à la légitime que chaque enfant aurait dû rigoureusement recevoir.[1]

C'est ce droit que le législateur voulait abroger, et cette abrogation ne pouvait résulter de l'article 887, uniquement relatif aux partages après décès. Il fallait donc, puisqu'on affectait une section du Code aux partages faits par l'ascendant, y inscrire la pensée de la nouvelle doctrine, sans quoi on n'eût pas manqué d'induire, du silence du législateur, que ces partages restaient inattaquables comme sous l'ancien droit. Voilà le motif unique du rappel, dans l'article 1079, de la faculté déjà inscrite dans l'article 887 pour les partages après décès. Ce rappel, ainsi motivé, il est impossible d'en conclure ni que le législateur ait voulu déroger en rien à la faculté qu'a l'ascendant de disposer pendant sa vie à ses plaisir et volonté, ni surtout que les enfants ou descendants puissent, avant d'avoir acquis la qualité d'héritier, quereller cette disposition, ni moins encore qu'ils doivent l'attaquer pendant la vie du donateur.

923. — La conséquence logique que nous tirons de ces prémisses, c'est que la prescription du droit ne court que du jour du décès. C'est ce que la Cour d'Aix a jugé le 7 juillet 1842. Son arrêt[2], rédigé par le savant magistrat, M. le président Lerouge, résume puissam-

[1] Furgole, *des Test.*, chap. 8, sect. 1, n°s 149 et suiv.



ment les raisons de décider que cette opinion peut invoquer. A ce titre, il clorra notre discussion beaucoup plus convenablement que ne le feraient nos propres observations.

« Considérant que l'ascendant qui fait, par un acte entre vifs, un partage entre ses descendants, ne donne et n'entend donner, à chacun d'eux, que les biens compris dans le lot qu'il lui attribue individuellement ; que dès-lors ce partage rend, il est vrai, chaque copartagé propriétaire de son lot, mais ne lui confère aucuns droits sur les biens compris dans les lots des autres descendants, et par conséquent ne confère aux différents copartagés aucun droit de propriété sur la masse des biens faisant l'objet du partage ; et comme il est d'ailleurs incontestable qu'avant le partage entre vifs les descendants n'avaient aucun droit acquis sur les biens de l'ascendant donateur, on doit en conclure : qu'après, comme avant le partage entre vifs fait par un ascendant, les descendants n'ont, durant sa vie, aucun droit de copropriété sur la masse des biens compris dans le partage ;

« Considérant qu'à la mort de l'ascendant, ses descendants, appelés à recueillir sa succession, sont, de plein droit, saisis de l'universalité de ses biens ; que, dès ce moment, ils ont un droit de copropriété tant sur tous les biens existants au jour du décès, que sur ceux qu'on y réunit fictivement pour former la masse, sur laquelle doivent être calculées la quotité disponible et la réserve légale ; mais qu'ils tiennent ce droit de copropriété, non de la volonté de leur auteur, mais de



celle de la loi, en un mot, de la qualité d'héritier, qui ne leur est acquise que du jour du décès de l'ascendant donateur ;

« Considérant que celui qui attaque le partage entre vifs, fait par l'ascendant, a pour but : d'obtenir un nouveau partage des biens compris dans l'acte dont il demande la rescision ; d'où il suit que l'action en rescision ne peut être intentée que par celui qui aurait qualité pour demander un nouveau partage ;

« Considérant que pour former une demande en partage, il faut avoir un droit actuel de copropriété sur la chose à partager, soit que ce droit dérive de la qualité d'héritier, soit qu'il dérive d'un titre, tel que l'acquisition en commun, ou la donation faite à plusieurs d'une chose indivise ;

« Considérant que, du vivant du donateur, le copartagé qui attaque, pour cause de lésion, le partage entre vifs fait par l'ascendant, et qui par suite demande un autre partage, n'a d'autre titre que le partage lui-même, acte lui conférant seulement la propriété de son lot, et non la copropriété de la masse des biens ayant fait l'objet du partage ; que le droit de copropriété sur la masse ne peut dériver pour lui que de la qualité d'héritier, laquelle ne lui est acquise que du jour du décès de l'ascendant donateur ; d'où la conséquence que le copartagé n'a ni qualité, ni titre pour attaquer, durant la vie de l'ascendant donateur, le partage entre vifs fait par celui-ci entre ses descendants ;

« Considérant qu'on objecterait vainement que le titre du copartagé réside dans l'article 1079 du Code

civil, suivant lequel le partage fait par l'ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus du quart;

« Considérant que ni dans le passage invoqué, ni ailleurs, il n'est dit que le copartagé pourra attaquer du vivant de l'ascendant; qu'on est donc obligé de supposer, pour un cas unique, l'existence d'une faculté toute spéciale qui ne se trouve nulle part écrite dans la loi et qu'il eût été nécessaire de formuler en termes explicites; qu'une telle faculté serait, ainsi qu'on l'a précédemment établi, en contradiction manifeste avec ce principe incontestable : que l'action en partage n'appartient qu'à celui qui a un droit actuel de copropriété sur la chose à partager;

« Que non-seulement l'article 1079 ne dit pas que le copartagé aura le droit d'attaquer le partage entre vifs durant la vie du donateur, mais qu'il suppose le contraire. Qu'en effet cet article permet d'attaquer le partage dans trois cas : 1° S'il est fait par acte entre vifs; 2° s'il est fait par acte testamentaire; 3° s'il résulte du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet;

« Que, dans les deux derniers cas, le copartagé ne peut, évidemment, attaquer le partage que lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire après le décès de l'ascendant donateur; que, pour ces deux cas, l'article 1079 décide donc implicitement que le partage ne pourra être attaqué du vivant du donateur; que, dès-lors, il n'est pas permis de supposer que le législateur, sans le dire et contrairement à tous les principes, a

voulu créer, pour le premier cas, un droit exorbitant qui autoriserait le copartagé à attaquer le partage entre vifs, non pas seulement après le décès, mais encore durant la vie de l'ascendant donateur;

« Considérant, sous un autre point de vue, que l'ascendant peut, durant sa vie, disposer de sa fortune de la manière la plus absolue, suivant sa volonté et même ses caprices; que si, s'abandonnant à des passions mauvaises, il avait recours à de coupables manœuvres pour enrichir les complices de ses égarements au préjudice des héritiers du sang, ses actes, quelque dommageables qu'ils fussent, ne pourraient être attaqués qu'après sa mort; qu'il en serait de même, à plus forte raison, si, par acte entre vifs, l'ascendant disposait de sa fortune entière en faveur de l'un de ses descendants; qu'il n'est donc pas possible de comprendre comment le législateur, qui interdit aux descendants d'attaquer, du vivant de leur auteur, les actes par lesquels il dispose, à leur préjudice, de l'universalité de ses biens, les autoriserait, par une exception toute spéciale et non écrite, à attaquer, avant le décès de l'ascendant, un partage entre vifs, sous prétexte que les biens ne sont pas également distribués entre eux; qu'en permettant à l'un des copartagés d'attaquer, pour cause de lésion de plus d'un quart, le partage entre vifs fait par son auteur, la loi a voulu non pas apporter des restrictions et des entraves au pouvoir absolu de l'ascendant sur sa fortune pendant sa vie, mais empêcher que, sous prétexte de faire entre ses descendants la distribution de ses biens, il ne blessât trop ouvertement le principe d'égalité qui

doit présider aux partages ou même qu'il portât atteinte à la réserve légale de ses descendants; et comme la qualité d'héritier peut seule donner à ceux-ci le droit de demander le partage ou de réclamer la réserve légale, il en résulte que l'exercice de l'action qui leur compète à cet égard, aux termes de l'article 1079, se trouve suspendu jusqu'au décès de l'ascendant, puisque c'est à cette époque seulement que la qualité d'héritier leur sera acquise. »

924. — Il est certes difficile de déduire avec plus de force, avec plus de certitude, les raisons déterminantes d'une opinion. Ces motifs, avoués par la raison et le droit, devaient faire maintenir l'arrêt, si la partie l'avait déféré à la Cour suprême. Celle-ci n'eût fait, d'ailleurs, que hâter la décision qu'elle a rendue plus tard. En effet, revenant sur sa propre jurisprudence, la Cour suprême a adopté la doctrine qu'elle avait plusieurs fois repoussée et cassé, en conséquence, un arrêt de Toulouse fixant au jour de l'acte le point de départ de la prescription. [1]

On peut donc considérer la controverse comme tendant à s'effacer. L'avenir du système qui fait courir la prescription du jour du décès de l'ascendant donateur nous paraît désormais assuré.

925. — Le partage après décès sera nécessairement inégal, si l'un des cohéritiers a diverti l'actif de la suc-

[1] 2 août 1848; — D. P., 48, 1, 174.

cession ou exagéré le passif à son profit personnel. Il importe peu, dans ce cas, que la lésion atteigne ou non les proportions exigées par l'article 887. Il ne s'agit plus, en effet, de faire rescinder le partage, mais de le compléter en opérant la division des choses qu'il ne pouvait pas comprendre. Aussi, l'article 792 qualifie-t-il lui-même de demande de partage supplémentaire le droit qu'il accorde.

926. — Dans ce nouveau partage, la position du recéleur est nettement dessinée par le législateur. Il ne peut, à aucun titre, prétendre aucune part dans les objets qu'il est condamné à restituer à la succession. Nous l'avons déjà dit, en pareille matière la loi applique la peine du talion dans toute sa rigueur. L'auteur du recélé voulait frustrer ses cohéritiers de la part leur revenant, il sera privé de la sienne.

Les juges ne sauraient, dans la poursuite de ce but, déployer une trop grande sévérité. Les choses, en effet, ne sont pas égales. Les réclamants ont le devoir de prouver la soustraction, ce qui est difficile et, ce qui l'est bien davantage, le chiffre exact auquel elle s'élève. Nanti frauduleusement de ce qui ne lui appartient pas, le recéleur a pour lui d'abord la chance de n'être pas convaincu, ensuite l'incertitude qui régnera forcément sur le montant de ce qu'il devra restituer. De telle sorte que, même après condamnation, il pourra lui rester une indemnité plus que suffisante des effets de cette condamnation. C'est à la justice des tribunaux à compenser et à faire disparaître cette inégalité, dût sa dé-

cision aller au-delà de la vérité. L'équité n'en serait nullement blessée. Obliger un voleur à rendre plus qu'il n'a pris ne saurait être envisagé comme un malheur trop regrettable, car le préjudice qui en résulterait ne serait qu'une conséquence de son improbité même.

Il n'y a donc pas à hésiter. Le recélé étant constant, on ne doit pas craindre d'élever le chiffre de la condamnation autant que le permettra la plus stricte vraisemblance.

927. — Le caractère du détournement ressort suffisamment du fait lui-même. Celui qui s'empare de ce qu'il sait ne pas lui appartenir, qui s'efforce de le retenir à son avantage exclusif, serait mal venu à prétendre avoir agi de bonne foi. Sa conduite est en contradiction flagrante avec son allégation. On ne pourrait donc accueillir celle-ci que si, appuyée de faits décisifs, elle se trouvait justifiée par des considérations de nature à détruire la présomption que la première fait naître.

On reconnaîtra donc le recélé punissable, à la réunion de ces deux conditions : 1° la possession illégitime d'un objet appartenant à la succession réalisée à l'insu des intéressés ; 2° l'intention de s'en appliquer exclusivement le profit. A ce titre, le fait d'avoir détourné des titres de créance au nom du défunt et d'en avoir obtenu le renouvellement en son nom constituerait évidemment la fraude punie par l'article 792 du Code civil.

928. — L'absence d'une de ces conditions fait dis-

paraître toute culpabilité en rendant tout préjudice impossible. Ainsi, la possession étayée d'une prétention même injuste ou non admissible ne caractériserait pas la fraude. C'est par ce principe qu'on a admis que le cohéritier, avouant la détention de la chose prétendue commune, mais qui déclarerait l'avoir reçue en don du défunt lui-même, n'encourrait pas la peine du recélé, alors même que, succombant dans ses prétentions, il serait condamné à rapporter la chose à la masse commune. [1]

929. — Il ne faudrait pas cependant donner à cette solution une extension trop grande. On s'exposerait autrement à annuler une peine dont le maintien est une sauve garde essentielle au principe de l'égalité dans les partages. Forcé dans ses derniers retranchements, le recéleur ne manquerait pas de se rejeter, en désespoir de cause, sur une excuse devenue bientôt banale en matière de recélé. Il faut que cette excuse repose sur une évidente bonne foi, et celle-ci, à son tour, doit résulter de la conduite que le détenteur a suivie depuis le décès de l'auteur commun. S'il n'a jamais mis dans ses actions le moindre mystère, s'il n'a jamais caché la possession, s'il en a lui-même révélé l'existence en indiquant le titre en faveur duquel il la détenait, on croira à sa bonne foi, qu'une conduite contraire ferait inévitablement repousser. Celui qui ne cache rien prouve suffisamment qu'il n'a rien à cacher, ce qui ne se réalise jamais dans le cas de fraude. Dès-lors, le titre invoqué,

[1] Caen, 6 novembre 1827.

même annulé par les tribunaux, ne laisse pas de légitimer la possession jusqu'au moment de la sentence.

930. — Il n'y aurait pas non plus divertissement prohibé dans la détention d'effets déjà portés dans l'inventaire. L'article 792 ne punit que la soustraction que le cohéritier n'a ni connue, ni pu connaître, et rencontrant dans cette ignorance même les plus grandes chances de réussite. Or, la mention insérée dans l'inventaire dissipe toute idée d'ignorance et sauvegarde l'intérêt commun, chaque cohéritier pouvant, dès-lors, facilement exiger qu'il soit fait raison de ces effets. L'omission de cette réclamation est alors considérée plutôt comme le résultat d'un accord tacite, que celui d'une fraude du défendeur.

Si cependant celui-ci laisse le partage s'accomplir sans recombler les effets communs et sans tenir compte de leur valeur, on pourrait le considérer comme ayant véritablement recélé, surtout si l'absence de réclamations de la part des copartageants n'est que la conséquence de la persuasion que les objets ont péri, faussement inspirée par celui-là même qui les détient.

931. — Il résulte, en outre, de ce qui précède, qu'on ne pourrait appliquer la peine de l'article 792 au cohéritier qui, détenant à l'insu des autres des valeurs de la succession, en aurait, de lui-même et avant toute réclamation des intéressés, indiqué et signalé l'existence. La bonne foi d'une telle démarche ressort avec une telle évidence, qu'elle effacerait le vice de la pos-

session, alors même qu'elle n'aurait pas pour résultat de rendre tout préjudice impossible.

Mais il importe que l'indication, pour qu'elle produise cet effet, soit le fait d'une volonté spontanée et libre de la part de celui qui la donne. Celle faite après la demande de restitution manquerait de ce caractère; elle ne serait plus qu'un aveu arraché par l'évidente justice de cette demande, par la crainte d'une condamnation dès-lors imminente et le désir d'en éluder les effets. Elle resterait donc sans influence à l'endroit de cette condamnation et des conséquences devant en résulter. Il serait immoral de laisser indemne celui qui a persisté dans sa déloyauté tant qu'il a pu se flatter qu'elle resterait inaperçue, et qui, se voyant découvert, n'a plus qu'un intérêt, à savoir : retenir sa part des objets qu'il projetait de s'appliquer intégralement. Conséquemment, présumée faite dans cette intention, la reconnaissance qu'il ferait resterait sans effet, à moins que par le peu d'importance des objets recélés on ne dût admettre que sa tardiveté est due à un oubli présumable.

Ainsi, il y a recélé punissable toutes les fois qu'une chose a été distraite de la masse frauduleusement et à l'insu des communistes; et que l'intention d'en profiter à leur détriment n'a pas été abandonnée spontanément et avant toute réclamation de ceux-ci.

932. — Dans l'application de la peine édictée par l'article 792, on n'a pas à se préoccuper de l'époque à laquelle remonte le divertissement reproché. Celui

consommé avant la mort de l'auteur commun se trouve atteint aussi bien que celui qui l'aurait accompagné ou suivi. Dans le premier cas, seulement, la présomption d'une libéralité acquerrait une plus ou moins grande importance, suivant que la vie de l'auteur se serait depuis plus ou moins prolongée.

933. — Ce que la loi a voulu prévenir par l'article 792, c'est l'inégalité dans les parts, alors que les droits sont égaux ; c'est le préjudice résultant pour une partie de l'atteinte à cette grande règle. Or, cette atteinte existera soit qu'on fasse disparaître l'actif directement par une soustraction, soit indirectement en exagérant sciemment le passif.

Conséquemment, l'héritier qui par collusion avec un tiers ou qui, après avoir simulé des dettes, prétendra les avoir payées et donnera ainsi lieu à des prélèvements devant tourner à son avantage, se rendra coupable de recélé et encourra justement la peine prononcée par la loi. Les tiers, complices de la fraude, pourront être solidairement poursuivis et condamnés à la restitution du montant de ces prélèvements.

934. — La privation de toute part sur les valeurs recélées est prononcée par la loi, comme indemnité du préjudice éprouvé par les intéressés. Il semble dès-lors que les parties ne pourraient demander et les juges prononcer d'autres dommages-intérêts. Cependant, s'il était prouvé *qu'un préjudice*, autre et plus important que celui résultant de la privation momentanée de la

chose, a été réellement souffert par les cohéritiers ou par l'un d'eux, les juges pourraient en ordonner la réparation. N'oublions pas que la fraude du recéleur est assimilable au dol, et qu'en cette dernière matière, les dommages-intérêts doivent s'étendre aux conséquences immédiates et directes de l'acte.

935. — Le recélé étant de nature à léser d'autres intérêts que ceux des cohéritiers, la loi en a réglé les conséquences par rapport aux tiers. Nous en parlerons en traitant des droits des créanciers contre les fraudes de leurs débiteurs.

936. — Nous terminerons ce qui est relatif aux cohéritiers par cette observation que la minorité du recéleur ne serait pas un obstacle à l'application de la peine, en ce qui concerne la privation de toute part dans les objets recélés. Que le mineur ne puisse pas être héritier pur et simple, c'est un privilége que la loi a formellement garanti, mais, tenu de son dol, il doit l'être de sa fraude, surtout lorsque cette fraude est, comme nous venons de le rappeler, assimilable au dol; rien n'empêche donc de le punir comme le serait le majeur, c'est-à-dire qu'ayant volontairement voulu priver ses cohéritiers d'une partie de ses droits, il est juste qu'il perde les siens dans une proportion égale.

Bien entendu que le mineur ne peut être responsable que de son fait personnel, ainsi, si le recélé était l'œuvre de son tuteur, on ne saurait, sous aucun prétexte, en exciper contre lui, seulement il serait tenu de restituer le profit illégitime qui lui en serait revenu.

SECTION III. — FRAUDE DANS LA VENTE ET L'ÉCHANGE.

—

SOMMAIRE.

937. La vente peut devenir un moyen ou une cause de fraude.
938. Elle peut servir à déguiser le prêt usuraire.
939. Ce que c'est que le contrat *mohatra*.
940. Fraude évidente qu'il renferme, absence de l'intention d'achêter.
941. Mais cette circonstance doit être connue de l'autre partie.
942. Rachat par le vendeur ou par une autre personne, exclut l'intention sérieuse de vendre.
943. L'action en fraude de la partie elle-même ne pourrait être repoussée.
944. Contrat pignoratif déguisé sous la forme d'une vente.
945. Appréciation de ses caractères sous l'empire du droit ancien.
946. Appréciation sous le Code.
947. L'acte nul, comme contrat pignoratif, vaudra comme obligation.
948. L'appréciation de la nature de l'acte est abandonnée à la prudence du juge.
949. Fraude dans la délivrance de la chose vendue. Abus de la jouissance.
950. Facilité de justifier cet abus, selon que la fraude a été commise *in committendo* ou *in omittendo*.
951. Retard dans la livraison, comme l'absence complète de toute livraison, peut constituer une fraude. Actions qui en naissent.

973. Dans notre ancien droit, Pothier enseigne la nullité de la vente. Mais la validité en est soutenue par Despeisses.

974. C'est à l'opinion de celui-ci que s'est rangé M. Troplong.

975. Réfutation.

976. A quels caractères reconnaîtra-t-on la fraude?

977. Toutes dégradations volontaires, tant que le prix n'a pas été payé, constituent une fraude. Droit qu'elles ouvriraient au vendeur.

978. Le vendeur non payé a le droit d'attaquer la revente opérée par son vendeur, comme faite en fraude de sesdroits.

979. Les principes applicables à la vente s'appliquent également à l'échange.

980. La découverte que la chose donnée par le copermutant ne lui appartient pas autorise l'autre à refuser la livraison de la chose promise, si elle est encore entre ses mains.

981. Si l'échange a reçu sa complète exécution lors de cette découverte, l'échangiste pourra-t-il poursuivre la résolution avant même d'être troublé dans la possession de la chose par lui reçue?

982. Quels seraient, dans ce cas, les effets légaux de la rescision?

983. La revendication serait-elle permise contre le tiers acquéreur?

984. La ratification du propriétaire n'empêcherait pas la rescision.

985. Mais elle influerait sur la détermination des dommages-intérêts.

986. Peut-on cumuler les dommages-intérêts et la reprise de la chose?

987. L'appréciation de ceux-ci obéit aux dispositions des articles 1634, 1635 et 1641 du Code civil.

988. En quoi doit consister le dédommagement, si l'échangiste opte pour une allocation pécuniaire, de préférence à la reprise en nature?

937. — La vente ne peut réellement exister qu'autant qu'il y a eu chez les parties intention d'acheter et de vendre, consentement sur la chose et sur le prix. L'absence d'une de ces conditions ne permettrait pas de reconnaître une vente, quelle que fût l'apparence donnée par les parties au contrat. Alors, en effet, la qualification que l'acte a reçue n'est qu'un mensonge couvrant une simulation destinée à tromper des tiers ou à éluder une loi prohibitive.

D'autrefois c'est bien une vente que les parties ont consentie, mais la fraude, excitée par un intérêt ultérieurement éveillé, se glisse dans l'exécution et en dénature les caractères et les conséquences.

La vente peut donc devenir un moyen ou une cause de fraude. C'est sous ce double aperçu que nous allons l'examiner.

938. — Comme moyen, soit de tromper les tiers, soit d'éluder la loi, la vente constitue une pure simulation. Nous aurons à l'examiner en nous occupant plus tard de celle-ci. La fraude dont nous nous occupons exclusivement dans ce moment étant celle d'une partie contre l'autre.

A ce dernier titre, la vente peut servir à déguiser une des fraudes les plus dangereuses, le prêt usuraire. Un prêteur avide ne pouvant stipuler des intérêts en dehors du taux légal, paraît vendre ou acheter, soit des objets mobiliers, soit un immeuble. Il ne fait en réalité, dans le premier cas, que l'acte que l'ancienne jurisprudence qualifiait de contrat *mohatra*; dans le second, qu'un contrat pignoratif.

939. — Ce qui constitue le contrat *mohatra*, c'est la livraison d'objets mobiliers immédiatement revendus par l'acquéreur à un prix inférieur à celui qu'il paraît en avoir donné, soit à son vendeur lui-même, soit à une personne interposée. Ce qui résulte de cette opération, c'est que l'achat étant contracté à crédit, l'acheteur reste débiteur du prix; qu'il ne reçoit cependant que les sommes provenant de la revente au comptant, et qu'ainsi, pour une valeur de 100 francs, il se trouve avoir souscrit une obligation de 500 francs.

940. — Il est évident dans ces circonstances que le désir de se procurer quelques fonds a été le seul mobile de l'acheteur. La simultanéité de l'achat et de la revente prouve suffisamment qu'il n'a jamais eu l'intention de se rendre sérieusement acquéreur; et, ce qui le démontre mieux encore, c'est que souvent la prétendue vente porte sur des objets sans valeur réelle pour celui qui est censé les recevoir. C'est un fils de famille étranger au commerce à qui on vend une pacotille de vieilles marchandises, une batterie de cuisine,

un chameau même, car les usuriers, dans les grandes villes, disposent un peu de tout.

Ainsi, de la part de l'acheteur, l'intention d'acquérir n'a jamais existé. Il n'y a même le plus souvent, par rapport à lui, aucun objet pouvant faire sérieusement la matière du contrat. Il ne peut donc, pour lui, exister un lien de la nature de celui qu'on a voulu lui imposer. C'est un prêt et non une vente qu'il a évidemment signé.

L'exécution donnée à l'acte l'indiquerait au besoin suffisamment. On ne peut, en effet, admettre qu'il y a eu achat sérieux, lorsqu'on voit l'acheteur revendre immédiatement ce qu'il vient d'acquérir sans aucune nécessité, sans nul besoin. Voilà pourquoi la revente est de l'essence du contrat que nous examinons. Car si l'acheteur, ayant pris livraison réelle et effective, a gardé les objets en sa possession pendant un temps plus ou moins long, la revente à perte qu'il en aurait réalisée plus tard, ne se liant plus intimément à l'achat, ne pourrait seule faire suspecter le caractère de celui-ci.

941. — Mais ce n'est pas tout que l'absence de l'intention d'acheter chez une des parties, il faut encore que l'autre ait connu cette circonstance au moment où elle traitait. Or, cette connaissance résulterait, contre le vendeur, de ce qu'il aurait coopéré à la revente, en rachetant lui-même ou en faisant racheter dans son intérêt par une personne interposée. Cette conduite ferait donc de plein droit admettre la fraude avec toutes ses conséquences.

942. — Le rachat par le prétendu vendeur est sans doute une circonstance considérable. Cependant l'absence de cette condition ne serait pas de nature à exclure toute idée de fraude de sa part, si d'ailleurs il est démontré qu'il n'a pu ignorer que la revente était la conséquence forcée de l'achat. S'il suffisait, en effet, pour que le titre fût, par rapport à lui, considéré comme légitime, qu'il fût resté étranger à cette revente, l'usure la plus effrénée prendrait bientôt sa place dans un grand nombre de transactions, certaine qu'elle serait de sortir triomphante des plaintes qu'elle pourrait exciter.

Il importerait donc peu que le vendeur n'eût pas racheté lui-même personnellement ou par personne interposée. Dès que de lui au prétendu acquéreur il s'est agi d'un prêt; que ce n'est qu'en vue de ce prêt que des objets mobiliers ont été livrés, il n'a pu ignorer qu'il ne pouvait s'agir de la possession de ces objets; que ce n'est que pour les revendre à tout prix que l'acheteur les a acceptés; il s'est donc, en traitant dans ces conditions, rendu coupable d'une fraude que la prétendue vente a pour objet de déguiser, la peine qu'il a dès-lors encourue doit être appliquée sans hésitation. L'acte doit être en conséquence ramené à ses véritables termes. C'est un prêt, et tout ce qui doit être restitué, c'est la valeur réellement reçue par l'emprunteur, augmentée des intérêts légaux.

Au reste, dans une appréciation de cette nature, les antécédents et la position respective des parties sont de nature à exercer la plus grave influence. Ainsi l'ha-

bitude de l'usure d'une part, de l'autre une éducation éloignant toute idée de trafic, étrangère à toute opération commerciale, fixerait la portée d'une vente dont la légitimité exigerait l'usage de l'un ou de l'autre.

943. — Contre une pareille vente, le reproche de fraude est toujours admissible même par la partie qui y a concouru. Vainement voudrait-on exciper de la règle *nemo auditur turpitudinem suam allegans.* L'usure est prohibée par la loi. Sa répression intéresse l'ordre public. On ne peut donc renoncer, et moins encore se rendre non-recevable à s'en prévaloir. Comme conséquence de ce principe, celui qui se plaint d'en avoir été victime est autorisé à le prouver non-seulement par témoins, mais encore par de simples présomptions.

L'appréciation de la pertinence de la preuve, ses conséquences par rapport à l'acte attaqué, sont laissées à l'arbitrage souverain des magistrats. La décision par laquelle il est déclaré en fait qu'une vente d'effets mobiliers constitue un prêt usuraire déguisé, échappe à la censure de la Cour de cassation.[1]

944. — La vente des choses mobilières n'a pas seule le privilége de déguiser un contrat de prêt usuraire. L'aliénation d'un immeuble peut n'avoir que cet objet. La vente prétendue n'est alors qu'un contrat pignoratif que l'existence de l'usure peut faire annuler.[2]

[1] Cass., 21 août 1839; — D. P. 39, 1, 343.
[2] Cass., 15 juin 1821.

Donner en gage un immeuble soit par antichrèse, soit sous la forme d'une vente, n'a rien en soi d'illicite, lorsque, fidèles à la pensée qui a dicté le contrat, les parties se conforment dans l'exécution à son véritable caractère.

Mais l'antichrèse se prête peu à déguiser l'usure. Les loyers perçus, rapprochés des sommes à payer, indiquent d'une manière précise le taux auquel les intérêts ont été exigés. Il n'en est pas de même du contrat pignoratif; par l'apparence du contrat, le prêteur est en possession des immeubles, et si, le délai du réméré expiré, il prétend se les approprier définitivement, il peut ainsi consommer l'usure la plus effrénée.

L'attention des magistrats ne doit donc point se laisser distraire par la couleur donnée à l'acte, elle doit se porter avec soin sur la véritable intention des parties, et saisir les véritables caractères de la convention.

945. — Les éléments de cette appréciation avaient été déterminés par la jurisprudence ancienne, alors que la nature réelle de l'acte avait, sur sa validité, la plus haute, la plus décisive influence. A cette époque, en effet, la législation civile, se conformant au précepte du droit canonique, prohibait, d'une manière absolue, le prêt à intérêt sans aliénation du capital, et la connaissance des cas d'usure était abandonnée aux tribunaux ecclésiastiques. Cette prohibition, plus conforme au mysticisme religieux qu'aux franches notions de l'équité et de la justice, n'avait abouti qu'à produire des efforts successivement tentés pour l'éluder. C'est à ce titre qu'on

avait d'abord recouru à l'antichrèse, bientôt déclarée illégitime.

Les créanciers, n'osant plus accepter des immeubles en gage avec pacte d'en percevoir les fruits pour leurs intérêts, imaginèrent de les acheter avec faculté pour les vendeurs de les reprendre dans un délai déterminé, et, comme aux termes du droit romain,[1] la chose donnée en gage pouvait être louée par le créancier à son débiteur, ils relouèrent à leurs vendeurs les fonds que ceux-ci leur avaient vendus. Ces contrats furent nommés pignoratifs, parce que la vente qui y était stipulée n'était véritablement qu'une impignoration ou engagement.[2]

L'effet de ce contrat ne fut pas de transférer la propriété sur la tête de l'acquéreur; celui-ci, à l'expiration du délai fixé pour le rachat, prorogeait la faculté de l'opérer et la relocation. Dans le cas contraire, il faisait saisir et vendre les immeubles, après commandement de payer le capital et les arrérages qualifiés de loyers.

Mais c'était là un nouveau moyen d'éluder la prohibition de la loi, à l'égard du prêt à intérêt, et de retirer de son capital un profit que l'aliénation seule de ce capital pouvait autoriser. En conséquence, un arrêt du Parlement de Paris, du 29 juillet 1572, déclara ces contrats nuls et usuraires, défendant d'en passer aucun à l'avenir, sous peine de confiscation et d'amende.

[1] L. 37, Dig. *de Adqu. et amit. poss.*; — l. 37, Dig. *de Pignoratitia actione.*

[2] Lecamus, *Traité des intérêts*, p. 348.

Cette jurisprudence ne servit qu'à aggraver la position des débiteurs. Le contrat pignoratif ne cessa pas d'être pratiqué, seulement, dans le but d'éviter la peine qui les menaçait, les acquéreurs soutinrent que le contrat renfermait une vente sérieuse et réelle, en force de laquelle ils conservaient la possession définitive de l'immeuble, faute par le débiteur d'avoir usé de la faculté de racheter dans le délai stipulé.

De là, de nombreux litiges sur le véritable caractère de l'acte. En effet, si le créancier avait intérêt à le faire considérer comme une vente, le débiteur n'avait pas un intérêt moindre à le faire déclarer un contrat pignoratif, car, maintenu dans le premier cas, il était annulé dans le second. On s'appliqua dès-lors à la recherche des caractères auxquels on devait reconnaître le contrat pignoratif, et à préparer ainsi les éléments de la solution que la difficulté devait recevoir. Ces caractères furent : 1° la vilcté du prix ; 2° la faculté de rachat ; 3° la relocation au vendeur.

Prise isolément, chacune de ces circonstances ne pouvait paraître exclusive d'une vente réelle, mais leur réunion avait été considérée comme constitutive de l'impignoration. Cette doctrine, professée par tous les auteurs, avait été formellement consacrée par la jurisprudence.

Le décret du 2 octobre 1798 ayant permis le prêt à intérêt avec ou sans aliénation du capital, le contrat pignoratif devint parfaitement licite, à la charge toutefois de ne pas favoriser une spoliation usuraire. Cette dernière condition cessa même de devenir un obstacle

lorsque la loi du 11 avril 1793, proclamant l'argent marchandise, chacun put stipuler l'intérêt qu'il lui plaisait exiger.

Il est vrai que l'effet de cette loi fut d'abord suspendu par des lois subséquentes et plus tard anéanti par le Code civil. Mais ce n'est que par la loi de septembre 1807 que le taux de l'intérêt, soit conventionnel soit légal, a été fixé.

946. — L'admission par le Code civil du prêt à intérêt autorise aujourd'hui l'antichrèse et le contrat pignoratif. Mais le désir d'éluder la loi de 1807 peut rendre ce dernier un instrument d'usure; dans ce cas, mais dans ce cas seulement, la loi a dû le proscrire. La difficulté réside donc tout entière encore dans la détermination du caractère de l'acte, lorsque les parties ont adopté la forme de la vente; ce caractère posé, la question de savoir s'il y a usure ne constitue plus qu'une opération arithmétique.

La difficulté est donc, quoique sous un aperçu différent, ce qu'elle était sous l'empire de notre ancienne législation. La règle alors suivie devient conséquemment parfaitement applicable. On reconnaîtra le contrat pignoratif si la prétendue vente renferme les trois caractères ci-dessus indiqués, à savoir : la vileté du prix, la faculté de rachat, la relocation.[1]

947. — L'acte déclaré contrat pignoratif sera nul

[1] Vid. *infra*, sect. 6, n[os] 1174 et suiv.

comme vente, valable comme obligation jusqu'à concurrence du capital prêté et des intérêts légaux. Toute usure disparaîtra dès-lors au moyen de l'imputation des sommes reçues sur ces intérêts, et subsidiairement sur le capital, dont le solde sera ainsi parfaitement déterminé.

948. — C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement l'exception proposée par le débiteur et les moyens que le créancier fait valoir. Aux éléments matériels qui précèdent, vient se joindre un élément moral que l'ancienne jurisprudence n'avait pas négligé, à savoir : les antécédents de ce créancier. L'habitude d'usure, *consuetudo fœnerandi*, établie contre lui ferait facilement présumer la vérité du reproche qui lui serait adressé dans cette circonstance.[1]

949. — L'exécution d'une vente sincère et légitime dans son principe peut devenir une occasion de fraude. C'est ce qui se réalise, lorsqu'une des parties tente de se soustraire aux obligations qu'elle s'est imposée soit pour la délivrance, soit pour l'acceptation et le paiement du prix.

Le devoir, pour le vendeur, de délivrer la chose vendue implique nécessairement celui de veiller jusque-là à sa conservation. Conséquemment, s'il abuse de la jouissance qui lui a été laissée, si, loin d'y apporter les soins et la vigilance d'un bon père de famille, il la dé-

[1] *Vid. infra*, chap. 2, sect. 6.

laisse et l'abandonne, il se rend coupable d'une fraude l'obligeant à réparer le préjudice en résultant.

950. — Les torts du vendeur sont facilement appréciables, lorsque la fraude résulte d'un fait positif, *in committendo*. Un individu vend un cheval ou un immeuble livrable à une époque déterminée ; dans l'intervalle de la vente à la livraison, il soumet ce cheval à un travail forcé ou lui refuse la nourriture nécessaire, il dégrade volontairement l'immeuble, laisse des tiers abattre des murailles, enlève ou permet d'enlever les portes ou les fenêtres. On n'hésitera pas à le rendre responsable de tous ces faits qui pourront, suivant les circonstances, se résoudre en des dommages-intérêts ou même autoriser la résiliation de la vente. La preuve des faits matériels est par elle-même démonstrative de la fraude, et cette fraude équivalant au dol, l'étendue des dommages-intérêts se détermine par les règles que nous avons exposées en traitant de celui-ci.[1]

Il y aurait plus de difficultés dans le cas où le reproche de fraude est fondé sur un fait négatif, *in omittendo*. L'appréciation ne porte plus alors sur les conséquences d'un fait matériel convenu ou établi, c'est l'existence de ce fait, c'est le degré d'imputabilité qu'il s'agit de déterminer. A cet égard, il importe de rappeler que les tribunaux sont appréciateurs souverains de l'un et de l'autre. Ce qu'ils ne doivent jamais perdre de vue, c'est que la négligence, poussée jusqu'à de cer-

[1] Vid. *supra*, nos 307 et suiv.

taines limites, atteint aux proportions du dol, qu'elle en produit tous les effets, qu'elle doit aussi en produire les conséquences : *Dissoluta negligentia prope dolum est.*

951. — Ce n'est pas tout de conserver la chose, il faut encore la livrer au terme convenu. Le retard ou l'impossibilité d'opérer cette livraison constitue une fraude, si l'un ou l'autre n'est que la conséquence d'un fait volontairement réalisé par le vendeur. Le défaut de livraison, le retard même donne ouverture à l'action en délivrance ou en résiliation avec dommages-intérêts, s'il est résulté un préjudice de l'un ou de l'autre.

952. — L'article 1610 du Code civil, quant à cette double action, ne distingue même pas entre la fraude et la simple faute. Il suffit que l'inexécution se soit réalisée; qu'elle ait déterminé pour l'acheteur un préjudice quelconque pour que le droit qu'il consacre soit ouvert. On ne saurait qu'approuver le parti auquel s'est arrêté le législateur, car toute distinction à cet égard ne pouvait que créer une multitude de difficultés et entraver la justice elle-même. D'ailleurs, en pareille matière on peut répéter, avec le droit romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu.* Qu'importe, en effet, la bonne foi du vendeur, si, en définitive, en ne s'exécutant pas, il a causé à l'acheteur un préjudice exactement semblable à celui que la mauvaise foi aurait pu causer.

Ajoutons que la nuance qui sépare la bonne foi de la fraude est souvent imperceptible, surtout en matière

commerciale. La hausse ou la baisse survenue depuis le marché joue trop souvent le plus grand rôle dans les difficultés que la délivrance fait éclore. Il était donc prudent de les prévenir en ne s'arrêtant qu'au fait matériel du défaut de livraison au terme convenu.

953. — Au reste, le législateur a fait la part de l'équité en permettant aux juges d'accorder un délai pour opérer la livraison. [1] Cette faculté, ils pourront en user lorsque la bonne foi du vendeur sera établie. Ils ne croiront jamais devoir y recourir lorsque la fraude aura seule déterminé le retard. Cette latitude, laissée à leur justice, atténue donc singulièrement la sévérité du principe de l'article 1610.

954. — Nous retrouvons une atténuation non moins importante dans la fixation du chiffre des dommages-intérêts. Là encore la bonne foi se distingue de la fraude, car, dans le premier cas, les seuls dommages qu'on puisse accorder sont ceux prévus au moment du contrat et *propter rem ipsam non habitam.* La fraude, au contraire, mettrait à la charge du vendeur tout le préjudice directement imputable à l'inexécution.

Ainsi, la distinction que la loi n'admet pas en principe entre la simple faute et la fraude, se retrouve dans les conséquences que chacune d'elles doit entraîner. La faute commise de bonne foi fait ce que la fraude exclut positivement, à savoir : proroger le délai de la livraison, modérer dans tous les cas les dommages-intérêts.

[1] Art. 1184 du Code civil.

955. — La doctrine et la jurisprudence ont admis l'application de l'article 1184 du Code civil aux ventes commerciales. Mais c'est surtout dans cette matière qu'on doit se prescrire une extrême prudence dans l'usage de la faculté de proroger le délai de la livraison. L'esprit du législateur ne nous paraît pas comporter, quant à ce, l'ombre d'un doute. Cet usage n'est réellement admissible que lorsque la prorogation du délai est démontrée ne pouvoir entraîner aucun inconvénient réel pour l'acheteur.

Cela se rencontrera fréquemment dans les ventes ordinaires de meubles destinés à être jouis par celui qui les achète. Le retard que cette jouissance peut éprouver n'aura pas, à tout prendre, de bien graves inconvénients. On comprend, dès-lors, que la bonne foi du vendeur en retard de livrer prévale sur la rigueur du droit.

Mais il en est autrement dans les transactions commerciales. Celui qui n'achète que pour revendre, qui souvent même a revendu immédiatement après avoir acheté, a le plus grand intérêt à recevoir les marchandises au jour indiqué, soit pour profiter du cours avantageux à cette époque, soit pour livrer lui-même à son acheteur. Tout retard peut devenir un véritable danger, car une marchandise admirablement tenue aujourd'hui peut subir dans les vingt-quatre heures une telle fluctuation, qu'au lieu du gain assuré que l'acheteur eût réalisé, s'il eût reçu la veille, c'est une perte sur le prix d'achat que la réception opérée le lendemain lui imposera. Dans de pareilles circonstances, il est évident

que toute faveur pour l'un deviendrait une iniquité pour l'autre, et cela suffit et au-delà pour que les tribunaux s'abstiennent d'user de la faculté que la loi leur laisse.

956. — C'est la chose vendue telle qu'elle existait au moment du contrat, telle qu'elle a été promise, qui doit être livrée. Toute modification, toute tromperie sur la nature, la qualité ou la quantité constitue une fraude pouvant servir de fondement à l'action de l'acheteur.

957. — Ainsi, la vente d'un immeuble comprend virtuellement les meubles incorporés, les capitaux attachés à l'exploitation. Le vendeur ne peut donc, à moins de réserves expresses, enlever les uns ou les autres. Il importerait peu que cet enlèvement eût été réalisé avant la rédaction de l'acte, s'il l'avait été depuis la conclusion du marché ou même depuis la visite des lieux, l'existence de ces meubles et capitaux, connue de l'acquéreur, entre dans les éléments sur lesquels il établit le prix qu'il doit offrir. On ne pourrait donc, sans altérer son appréciation, les enlever à son insu et sans son adhésion.

Le vendeur ne pourrait, pour justifier l'enlèvement, exciper du silence de l'acte. L'acquisition de l'immeuble entraîne celle de tout ce qui s'y est uni ou incorporé. On n'a nul besoin d'énoncer un fait que le droit commun crée et admet; on n'a à s'occuper des meubles incorporés et des capitaux que si les parties ont voulu les distraire de la vente.

Cette intention ne se présume jamais. Conséquem-

ment, si l'acte est muet, l'enlèvement qui l'a précédé, accompagné ou suivi est nécessairement frauduleux. Le vendeur serait donc contraint de les rétablir ou d'en payer la valeur. Vainement prétendrait-il qu'il a été autorisé à en disposer. C'est là un fait qu'il ne saurait prouver autrement que par écrit, car il tend à affaiblir l'autorité d'un titre contre lequel l'article 1341 proscrit toute preuve testimoniale.

Mais si l'acquéreur se plaint de l'enlèvement, s'il demande et obtient de l'établir par témoins, ce qui est toujours admissible, la preuve contraire étant de droit, le vendeur pourra, par la même voie, justifier que, conséquence d'une réserve formellement convenue, l'enlèvement a été fait au vu et su de l'acquéreur et sans opposition de sa part. Cette preuve rendrait la réclamation ultérieure de celui-ci non-recevable et mal fondée.

958. — Les récoltes pendantes par racines, les arbres radiqués sur la propriété au moment de la vente rentrent dans la catégorie des meubles et capitaux incorporés. Les règles applicables à ceux-ci doivent donc les régir. L'enlèvement des unes, la coupe des autres, soumises aux mêmes principes, produirait les mêmes conséquences.

959. — La tromperie sur la nature de l'objet vendu constitue plus qu'une simple fraude, c'est un véritable délit prévu et puni correctionnellement par la loi. [1]

[1] Art. 423 du Cod. pén.

Ainsi, celui qui a vendu de l'or ou de l'argent, et qui livre du cuivre ou de l'étain est non-seulement passible de l'action en résolution de l'acheteur, mais encore de la poursuite du ministère public. Il en est de même de celui qui, vendant une marchandise d'une nature déterminée, en livre réellement une autre. Par exemple, une liqueur fabriquée pour du vin, de l'huile de graine pour de l'huile d'olive, du seigle pour du blé, etc...

960. — Aux termes de la loi du 28 juillet 1824, la contrefaçon des marques de fabrique, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la tromperie sur la nature de la marchandise. La découverte par l'acheteur de la fraude pratiquée à son encontre l'autoriserait soit à refuser la livraison qui lui serait offerte, soit à demander, après la livraison, la résiliation de la vente et la restitution du prix. Cette demande serait compétemment déférée au tribunal correctionnel saisi de l'action en répression.

961. — La tromperie sur la qualité est sans doute blâmable aux yeux de la morale, mais elle n'est pas considérée communément comme un moyen de revenir contre la vente. C'est principalement dans la vente des choses mobilières qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *Naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* Le vendeur, à l'en croire, vend toujours ce qu'il y a de meilleur au monde, chacun sait cela. Mais on ne doit l'admettre qu'après s'en être assuré. L'acheteur qui ne prend aucune précaution, qui ajoute une foi trop



aveugle à des allégations intéressées se trompe lui-même autant qu'il est trompé. La faute étant commune, la responsabilité ne peut en appartenir à un seul.

Cependant la tromperie sur la qualité peut, dans maintes circonstances, entraîner la résiliation de la vente avec dommages-intérêts. Nul, en effet, ne peut être contraint d'accepter une marchandise d'une qualité autre que celle qu'il a entendu acheter, qu'on a entendu lui vendre. Ainsi, si j'achète des amandes de l'année ou des grains du pays, on ne pourrait me livrer des amandes vieilles ou des grains d'une provenance étrangère. Le refus que je ferais de les accepter serait sanctionné par les tribunaux. Dès-lors, le vendeur, n'ayant pas rempli ses obligations, devrait réparer le préjudice résultant de l'inexécution.

Mais l'exception de non conformité doit être opposée avant l'acceptation. La livraison réalisée, tout est consommé et la différence de qualité ne serait plus proposable.

962. — Il est cependant une hypothèse où la différence de la qualité entraînerait la résiliation même après livraison, mais cela ne pourrait avoir lieu qu'aux deux conditions suivantes :

1° La qualité, sur laquelle on a été trompé, doit avoir été la cause déterminante du contrat, à tel point que, sans l'engagement du vendeur à cet égard, l'achat n'aurait point été contracté. Dans ce cas, la fraude attaque le contrat dans son essence, vicie le consentement lui-même, il n'existe plus aucun lien obligatoire;

2° L'acceptation par l'acquéreur de l'objet livré ne doit avoir été déterminée que par la garantie formelle donnée par le vendeur de l'existence de la qualité requise. Cette garantie est décisive, car elle a pour effet naturel d'empêcher les investigations qu'une simple allégation commanderait. Dès-lors, si le fait garanti n'existe pas, l'obligation résultant de la garantie doit sortir à effet, et cet effet ne peut être que la résiliation de la vente, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

C'est surtout pour les objets d'art, dont la valeur dépend bien souvent du maître auquel on les attribue, que la tromperie sur la qualité peut offrir les conditions que nous venons d'énoncer et entraîner la résolution du contrat. Ainsi, il a été jugé que l'erreur de l'acheteur d'un tableau sur le nom de l'auteur, emporte la résolution de la vente, lorsqu'il est établi, d'une part, que le vendeur a surpris le consentement de l'acheteur en lui garantissant faussement la sincérité de l'origine attribuée au tableau vendu, et que, d'autre part, c'est en considération de cette origine que l'acquisition a eu lieu.[1]

963. — Le vendeur, qui livre une chose qu'il sait impropre à sa destination, commet une fraude qui l'oblige à réparer le préjudice souffert par l'acheteur. Nous avons déjà dit que si le vice caché était ignoré du vendeur, sa garantie n'est engagée que pour le dommage éprouvé quant à la chose elle-même; s'il connais-

[1] Douai, 27 mai 1846; — D. P. 46, 4, 509.

sait ce vice et qu'il l'ait dissimulé, c'est le dommage souffert par l'acheteur sur ses autres biens qu'il est tenu de supporter.[1]

964. — La tromperie sur la quantité est un délit, lorsqu'elle résulte de l'usage de faux poids ou de fausses mesures. Délit ou simplement erreur, l'acheteur qui en est victime a le droit d'exiger le complément qui lui est dû ou de ne payer que ce qu'il a réellement reçu.

965. — A l'obligation de livrer que prend le vendeur, se joint celle de faire jouir l'acquéreur de la chose vendue, après lui en avoir transféré la propriété. Celui qui vend la chose d'autrui s'expose à ne pouvoir remplir ni l'une ni l'autre de ces obligations.

Les conséquences d'un acte de ce genre diffèrent selon que le vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, il n'est obligé que dans les proportions déterminées par l'article 1634 du Code civil.

Mais celui qui vend sciemment la chose d'autrui commet une fraude tant à l'égard du véritable propriétaire, qu'à l'égard de l'acquéreur, il doit donc être tenu de les indemniser l'un et l'autre. Cette indemnité doit, pour le propriétaire, consister au remboursement de tous les frais que l'acte a pu lui occasionner, celle due à l'acquéreur est réglée par l'article 1635. Toute indulgence, en pareille matière, serait contraire à l'esprit de la loi, il faut se bien garder, en effet, de paraître encou-

[1] *Vid. supra*, n° 307.

rager des entreprises aussi condamnables, aussi dangereuses pour l'ordre social.

966. — Il est une fraude plus condamnable encore, si c'est possible, c'est celle consistant à vendre deux fois la même chose. C'est là, en effet, un véritable vol contre l'un des deux acquéreurs, puisqu'il est impossible qu'ils reçoivent tous les deux l'objet qui leur a été cependant vendu.

Nous n'avons pas à rechercher les causes de préférence d'une vente sur l'autre, le rang d'antériorité qui doit leur être assigné soit qu'il s'agisse d'un meuble, soit qu'il s'agisse d'une chose immobilière. Ces questions appartiennent à une matière autre que celle dont nous devons exclusivement nous occuper. Ce que nous devons rechercher, c'est l'effet que la double vente produit vis-à-vis des acquéreurs soit contre le vendeur, soit contre chacun d'eux.

D'abord, et par rapport au vendeur, aucun doute ne saurait jamais s'élever. L'acte qu'il s'est permis est une fraude insigne contre les deux acquéreurs. Ils ont donc l'un et l'autre le droit incontestable de poursuivre la réparation du préjudice que cette fraude est dans le cas de leur occasionner.

967. — La seconde vente n'est en général susceptible de sortir à effet que si le vendeur n'avait pas antérieurement aliéné ce qui en fait la matière. Le second acquéreur a le plus grand intérêt à ce qu'il en soit ainsi. Pourra-t-il dès-lors soutenir que la première vente n'est

qu'apparente et ne constitue qu'une simulation; que conséquemment le vendeur ayant conservé la propriété de la chose a pu valablement la lui transmettre?

Cette faculté a été contestée. La prétention du second acquéreur, a-t-on dit, ne tend à rien moins qu'à faire considérer la première vente comme faite en fraude de ses droits. Or, pour qu'on puisse recourir au remède prescrit par l'article 1167, il faut, de toute nécessité, que le droit, qu'on prétend frauduleusement éludé, ait préexisté à la consommation de la fraude. Dans l'hypothèse, cette condition est impossible, puisque le droit du second acquéreur n'a été acquis que postérieurement à l'acte attaqué. Comment donc admettre que cet acte n'ait été réalisé qu'en fraude d'un droit qui n'était pas même né.

968. — Nous ne pouvons admettre cette doctrine dans le sens absolu qu'on lui prête. A notre avis, une distinction est essentielle pour l'exacte appréciation de la question que nous examinons.

Si le vendeur avait été laissé en possession lors de la première vente, et que cette possession ait été transmise au second acquéreur, celui-ci sera nécessairement défendeur dans l'instance en revendication que le précédent acquéreur sera dans le cas d'intenter; comme tel, il sera autorisé à discuter la légitimité du titre qu'on lui oppose et qui ne pourra sortir à effet que s'il est déclaré sérieux et sincère. Cette discussion comporte nécessairement l'exception de simulation et de fraude avec



d'autant plus de raison que le fait lui-même vient lui assurer un appui incontestable.

Il n'est pas, en effet, naturel que celui qui a réellement acquis ne se mette pas en possession des choses qui lui ont été aliénées. Ce défaut de prise de possession rend suspect le caractère de l'acte, il constitue dans tous les cas une faute grave, ayant favorisé la fraude dont le second acquéreur est victime, et facilité le piége tendu à sa bonne foi. Il est donc équitable de permettre à celui-ci de prouver que l'acte qu'on lui oppose n'a rien de réel, et que la demande à laquelle il résiste n'est elle-même qu'une fraude entée sur une simulation.

Le fait de la possession par le vendeur, au moment de la seconde vente, est donc décisif. Mais il le serait beaucoup moins, s'il était expliqué par la première vente de manière à exclure toute idée de faute de la part de l'acquéreur, par exemple, si la remise de cette possession avait été fixée à un terme convenu; si l'acte portait relocation en faveur du vendeur. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'exception de fraude n'en serait pas moins recevable, mais elle serait très difficilement admissible.

Si le second acquéreur est demandeur en délaissement contre le premier, la position est toute différente. Les règles à suivre ne peuvent être identiques. Assuré par l'exécution qu'il a reçue, le titre du premier acquéreur se suffit à lui-même, et son droit ne peut être altéré que si ce titre vient à périr. Or le second acquéreur, dont les droits ne sont nés que postérieurement, n'a pas qualité pour agir directement en vertu de l'article 1167.

Il ne peut donc attaquer le titre qui lui est opposé qu'en exerçant les actions de son vendeur, et, dans les cas seulement où celui-ci pourrait l'attaquer lui-même. Or, nous verrons plus bas que le complice de la simulation, lorsqu'il a pu s'en procurer une preuve écrite, est non-recevable à prétendre la prouver par témoins. Cette fin de non-recevoir, écartant le vendeur, écarterait le second acquéreur qui n'est que son ayant-cause, à moins qu'il ne s'agît d'une simulation illicite que les parties elles-mêmes peuvent toujours prouver tant par témoins que par présomptions.

Admettre le contraire, ce serait éluder la prohibition de la loi et permettre au vendeur de faire indirectement ce qu'il ne pourrait faire d'une manière directe. Celui-ci, en effet, n'aurait qu'à simuler une seconde vente, puisqu'il pourrait, par ce moyen et à l'aide d'une interposition de personne, faire admettre un genre de preuve formellement interdit par l'article 1341.

Les facilités que cette fraude rencontrerait ont dû déterminer le législateur à la considérer comme certaine lorsqu'une partie prétend avoir acheté un objet dont le vendeur n'avait plus la possession. Cette circonstance mérite, dans tous les cas, d'être approfondie. Elle doit, en effet, conduire nécessairement l'acquéreur à la connaissance d'une vente antérieure. En conséquence, celui qui, sans s'en préoccuper, a contracté avec le prétendu propriétaire d'une chose possédée par un autre, est au moins coupable d'imprudence. Il ne peut accuser qui que ce soit de l'avoir trompé, puisqu'il s'est prêté à se tromper lui-même.

On est censé connaître dès qu'on a pu connaître. Or, pour le second acquéreur, la connaissance d'une vente précédente le constitue tellement en mauvaise foi, qu'il ne pourrait faire prévaloir son titre, même authentique, sur celui du premier acquéreur n'ayant qu'un sous seing-privé. Il y a même plus, la seconde vente n'étant qu'une fraude au préjudice de la première, celui qui, éclairé sur l'existence de celle-ci, a accepté le bénéfice de l'autre, s'est, par cela même, rendu complice de la fraude. Il pourrait, dès-lors, être poursuivi et condamné solidairement à réparer le préjudice que cette fraude a occasionné.

969. — La vente impose à l'acquéreur l'obligation de recevoir livraison au terme convenu. L'inexécution de cette obligation autorise le vendeur à en poursuivre l'accomplissement ou à demander la résolution de la vente. Il peut, de plus, exiger dans l'un et l'autre cas des dommages-intérêts si le retard mis à prendre livraison lui a causé un préjudice.

Ce retard fait d'ailleurs cesser l'obligation imposée au vendeur de conserver la chose vendue, en ce sens que la perte de cette chose ou les détériorations qu'elle viendrait à subir restent à la charge de l'acquéreur légalement en demeure. Mais la cessation de la responsabilité du vendeur ne peut s'entendre de telle manière qu'elle pût autoriser un délaissement complet de cette chose. Tant que le vendeur est en possession, il répond de son dol ou de sa fraude : *Quum moram emptor adhi-*

bere cœperit, jam non culpam, sed dolum tantum præstandum venditore. [1]

Aux termes de l'article 1657 du Code civil, la vente de denrées et effets mobiliers est résiliée de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retirement. Mais c'est là une simple faculté dont le vendeur peut ou non user, dont il n'usera que très rarement dans le cas où le défaut de retirement sera le résultat de la fraude. Il est évident, en effet, que l'inexécution par l'acheteur suppose que le marché lui est devenu onéreux et, par cela même, un intérêt contraire chez le vendeur, puisque la perte à subir resterait pour son compte. Il est donc certain qu'au lieu de considérer le marché comme résilié, il préfèrera contraindre l'acheteur à l'exécuter en prenant livraison ou à l'indemniser du préjudice que le refus de celle-ci entraînerait. Les dommages-intérêts doivent toujours comprendre dans ce cas la différence entre le prix actuel de l'objet vendu et celui fixé dans le contrat.

970. — L'acquéreur est obligé de payer le prix stipulé. Le retard dans ce paiement entraîne des dommages-intérêts consistant dans tous les cas au paiement des intérêts, mais qui peuvent, dans le cas de fraude, comprendre le préjudice qui en serait une conséquence directe.

971. — Les parties peuvent s'en remettre, pour la

[1] L. 17, Dig. de *Pericul. et comm. rei vend.*

détermination du prix, à l'arbitrage d'un ou de plusieurs experts. La fraude des experts pourra-t-elle nuire ou profiter aux parties?

972. — La négative était enseignée sous l'empire du droit romain par de célèbres commentateurs : *Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium, ad ipsum bonæ fidei judicio, id est judicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei, ex bono et æquo corrigendum est.* Cette opinion de Voet[1] est aussi celle de Cujas et des jurisconsultes de son école.

973. — Dans notre ancien droit, Pothier n'hésite pas à tenir qu'en pareille circonstance la vente doit être annulée. « Si le tiers, dont les contractants sont con- « venus, a fait une estimation, mais qui soit manifes- « tement inique, il n'y aura pareillement point de vente, « et c'est la même chose que s'il n'avait point fait d'es- « timation, car les contractants, en s'en rapportant à « son estimation, ont entendu non une estimation pu- « rement arbitraire, mais une estimation *tanquam boni « viri*, une estimation juste.[2] »

Mais Despeisses enseigne l'opinion contraire. Se fondant sur ces expressions de la loi dernière au Code *de Cont. empt.* : *Ut si quidem ipse qui nominatus est pretium definiret, omni modo secundum ejus estimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire,*

[1] *Ad Pand., de Contrah. emptione*, n° 23.
[2] *De la Vente*, n° 24.

il refuse tout recours aux parties, même en présence d'une estimation de l'iniquité la plus révoltante.[1]

974. — Quelques jurisconsultes modernes, notamment M. Troplong, se sont rangés à l'opinion de Despeisses. De l'avis du savant magistrat, le texte invoqué est décisif. En conséquence, tout en refusant à la décision de l'expert le caractère d'un jugement arbitral, M. Troplong la considère comme inattaquable, même pour cause de lésion de plus des sept douzièmes.[2]

975. — Quelque considérable que soit cette autorité, nous ne saurions l'accepter en principe. L'opinion de Voet, de Cujas, de Pothier, nous paraît préférable non-seulement sous le rapport de l'équité, mais encore au point de vue de la légalité.

Sans doute, en règle ordinaire, chacun doit exécuter l'obligation qu'il a légalement et librement consentie, dût cette exécution entraîner quelques inconvénients. Mais, nous l'avons bien de fois répété, la fraude fait en tout et partout exception au droit commun.

Or, une évaluation évidemment inique est une fraude à l'encontre de celui qui doit en supporter les conséquences. Cette proposition, incontestable lorsque l'expert a ou agi malicieusement ou cédé à la corruption, pourrait-elle être contestée lorsque, sans données positives sur l'intention, on se trouve en présence d'un ré-

[1] Tom. I, p. 2, n° 6.
[2] *De la Vente*, tom. I, n° 158.

sultat violant ouvertement toute idée d'équité et de justice? Nous le comprendrions si la fraude ne pouvait subsister que par le concours du fait et de l'intention, *consilium et eventus*, mais tel n'est pas son caractère. Ce qui la constitue, c'est la certitude d'un préjudice *fraus non in consilio, sed in eventu*; et ce qui fait le mérite de cette décision, c'est qu'il ne saurait exister un fait nuisible sans qu'il naisse en même temps la certitude d'une volonté mauvaise ou d'un devoir violé. Or, la faute, lorsqu'elle atteint à de certaines limites, l'imprudence, la négligence même, acquiert les proportions du dol, *prope dolum est*.

Dès-lors l'estimation, jusqu'à un certain point exagérée, pourra être acceptée comme le résultat d'une simple faute, d'une négligence ordinaire, et ne pourra vicier conséquemment la convention. Mais l'évaluation, notoirement, positivement inique, suppose, à défaut d'une volonté perverse, une faute tellement grave, une négligence tellement lourde, qu'il serait injuste de la tolérer. Parfaitement assimilable au dol, elle doit en produire tous les effets, car elle en entraînerait les résultats.

Cela admis, la décision de Voet, de Cujas, de Pothier, se trouve légalement justifiée, puisque le texte invoqué à l'appui de la solution contraire ne peut recevoir aucune application à l'hypothèse d'un dol ou d'une fraude. Vainement dirait-on que, dans tous les cas, s'agissant du fait d'un tiers, ce dol et cette fraude ne peuvent être opposés à la partie. L'expert, en acceptant la mission qui lui est confiée, devient le mandataire des parties et pro-

cède en cette qualité. Dès-lors, la fraude qu'il commet est opposable au mandant ou par le mandant, car elle ne peut pas plus lui nuire qu'elle ne pourrait lui profiter.

Nous admettons donc en principe que l'estimation inique ne crée aucun lien obligatoire, mais le développement de ce principe peut créer de sérieuses difficultés. A quelles conditions reconnaîtra-t-on l'existence de ce caractère? Ici toute règle précise devient impossible à formuler. Il n'y a plus qu'une appréciation de faits et circonstances spéciaux à chaque espèce, c'est au juge investi à rechercher dans le mode suivi par l'expert les éléments de sa conviction.

976. — Il est évident que toute exagération ne constituerait pas l'estimation inique. L'appréciation de la valeur vénale d'un objet quelconque n'est pas ce qu'on demande exclusivement à l'expert. Il est une valeur morale, des considérations de convenance ou d'agrément qui doivent aussi être consultées. Cette valeur morale est susceptible d'être différemment appréciée. Tout dépend de l'opinion personnelle qu'on s'en fait, du point de vue auquel on se place. Une erreur même grave, résultant de données exagérées à cet endroit, ne serait pas l'évaluation inique dont on pourrait se plaindre. Il en serait autrement si, toutes choses poussées à l'extrême, on se trouvait encore en présence d'une estimation évidemment exagérée.

Aussi ne dirons-nous pas qu'on doit considérer comme limite extrême une lésion même des sept douzièmes. Souvent, en effet, cette lésion ne subsistera que

parce que le vendeur s'exagère à lui-même la valeur matérielle ou morale de sa propriété, ou parce que l'acquéreur méconnaît par trop l'une et l'autre. C'est aux magistrats qu'il est réservé de dire droit sur chaque espèce. Leur prudence et leurs lumières garantissent suffisamment qu'ils sauront, sans les confondre, distinguer l'erreur excusable de celle qui ne pourrait l'être, et concilier ainsi ce que l'équité et le respect des conventions exigent réciproquement.

977. — Tant que le prix n'est pas payé, l'acquéreur n'est, en quelque sorte, que le dépositaire de la chose vendue, les dégradations qu'il lui ferait volontairement subir seraient autant de fraudes tendant à diminuer la valeur du gage au préjudice du vendeur, pouvant perdre ainsi les garanties de ce qui lui est dû. Celui-ci pourrait dès-lors demander soit le paiement immédiat du prix, soit la résiliation de la vente, avec dommages-intérêts.

978. — Le vendeur non payé a le droit d'attaquer, pour cause de fraude et comme faite à son préjudice, la revente opérée par l'acquéreur, alors même qu'il aurait formé une surenchère sur le prix de cette revente. [1] La surenchère est une mesure conservatoire, ne pouvant empêcher l'exercice ultérieur de l'action en résolution pour fraude.

Cette fraude du second vendeur résulterait suffisamment de l'époque rapprochée de la seconde vente avec

[1] Cass., 3 juillet 1817.

la première, de la vilité du prix, des termes très courts accordés pour le paiement, et de l'engagement pris par l'acquéreur, avant la vente, de garantir son vendeur de toutes les poursuites qui pourraient être faites contre lui par le premier vendeur.[1] L'existence d'un pareil engagement prouve la complicité de l'acquéreur dans la fraude du vendeur, complicité sans laquelle, nous le verrons plus tard, l'acte onéreux ne pourrait être annulé.

979. — L'échange n'est, à vrai dire, qu'une vente mutuelle et réciproque. Le prix de la chose donnée par l'un consiste dans la chose donnée par l'autre, chacune des parties, étant également acquéreur et vendeur, se trouve donc soumise aux obligations de l'un et de l'autre, comme elle en a les droits.

Dès-lors, ce que nous avons dit de la fraude, à l'endroit de la vente, reçoit une application directe dans l'hypothèse d'un échange. Conséquemment, c'est par les principes que nous venons d'exposer que les difficultés offertes par ce dernier contrat devront se résoudre.

980. — L'échange de la chose d'autrui est nul comme le serait la vente. L'article 1704 s'occupe du cas où la découverte du défaut de propriété du copermutant est postérieure à la réception de la chose, et antérieure à la livraison de celle promise en contre-échange. Il autorise le refus de toute livraison ultérieure. Cette solution est avouée par la raison et la justice.

[1] Même arrêt.

Comment exécuter une convention ayant pour résultat probable d'enlever à l'un l'équivalent de ce qu'il donne lui-même. Tout ce qu'on peut exiger, c'est la restitution de la chose déjà livrée, sauf les dommages-intérêts pouvant être dus à la partie qui restitue.

981. — Si l'échange a reçu sa complète exécution, s'il y a eu livraison réciproque, l'échangiste ayant reçu la chose d'autrui doit-il être admis, dès la découverte qu'il en fait, à poursuivre la résolution du contrat?

Des difficultés ont été soulevées à cet égard, non que la nullité de l'échange ait été révoquée en doute, mais par la raison que l'article 1704 ne s'appliquant que dans l'hypothèse d'un échange encore imparfait, il faut en conclure que son exécution entière ne rend l'action du copermutant recevable qu'au moment où le trouble se réalise par la réclamation du véritable propriétaire. C'est ce que la Cour de cassation a elle-même décidé le 11 décembre 1815.

Mais on a fait remarquer, et selon nous avec raison, que, puisque la découverte du vice suffit pour arrêter l'exécution de l'acte, il est logique de donner à la même circonstance l'effet de faire revoquer celle qu'il a reçue et qui n'est que le résultat de l'erreur d'une part, de la fraude de l'autre. C'est ce qu'on admet d'ailleurs pour la vente, dont les règles s'appliquent à l'échange. Comment donc le refuser pour celui-ci? Parce que l'article 1704 ne parle que d'un cas spécial? Mais cet article a bien plutôt voulu créer une exception à la règle *pendente lite tenet contractus*, en vertu de laquelle le

défendeur aurait pu demander l'exécution préalable de l'acte, qu'à établir une exception au droit absolu de demander la résiliation, exception qui ne saurait, dans aucun cas, résulter suffisamment de l'argument *a contrario*, tirée de l'article 1704.[1]

Il est vrai que l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 décembre 1815, se fonde sur ce que l'article 1704 ne parle que du refus de livraison, sans s'occuper de la revendication. Mais il est évident que la Cour, préoccupée de l'espèce sur laquelle était intervenue la décision attaquée, n'a pas dû s'appesantir beaucoup sur la question qu'elle paraît résoudre. Il s'agissait, en effet, de l'échange contre un bien dont la dotalité avait été déclarée et qui était dès-lors parfaitement connue. On opposait donc avec raison au demandeur le caractère relatif de la nullité, et la disposition de l'article 1125 du Code civil; c'est sans doute au silence gardé par la femme que les motifs de l'arrêt font allusion. Le rejet de la réclamation était donc, dans cette espèce, commandé par ce même article 1125.

La Cour régulatrice aurait-elle décidé de même, s'il se fût agi d'un échange du bien d'autrui? Nous en doutons avec d'autant plus de raisons qu'elle a jugé en sens inverse, en décidant le 16 janvier 1810 :

1° Que l'article 1599, qui déclare nulle la vente du bien d'autrui, est applicable en matière d'échange;

2° Que l'échange d'une chose indivise, entre l'échan-

[1] Duvergier, *Vente*, tom. II, n° 43; — Favard, v° *échange*, n° 2; — Rolland de Villargues, *ibid*, n°s 28 et 29.

giste et un tiers, peut, sur la demande du coéchangiste qui a ignoré cette indivision, être annulée comme étant une aliénation de la chose d'autrui;

3° Enfin, que la nullité doit être prononcée, bien même que l'indivision ait cessé d'exister, si d'ailleurs la demande en nullité est antérieure à la poursuite en partage.

Dans cette espèce, on le voit, l'échangiste était si peu recherché, que toutes recherches étaient impossibles. En effet, et avant la fin du litige, le coéchangiste était devenu, par l'effet du partage, propriétaire unique de la chose par lui donnée, cependant la Cour n'hésite pas à admettre la demande.

Il y a donc entre ces deux décisions une anomalie qui serait inexplicable si la différence des faits ne nous en donnait le mot. Dans celle de 1810, l'échangiste *ignorait* le vice de la chose. Il était donc victime d'une fraude. Dans celle de 1815, cette *ignorance* n'existait pas, la dotalité ayant été déclarée, dès-lors point de fraude, point de préjudice. Aussi trouvons-nous le résultat de cet arrêt très juridique et nous opposerions hardiment la fin de non-recevoir qu'il consacre à tout échangiste ayant sciemment accepté la chose d'autrui. Seulement nous motiverions notre solution sur la maxime *volenti non fit injuria*.[1]

Ainsi, la découverte que la chose reçue n'appartenait pas à celui qui l'a donnée, autorise la demande en rési-

[1] V. Poitiers, 16 avril 1822.

liation. La preuve qu'il en est ainsi la ferait inévitablement accueillir.

982. — Quels seront les effets légaux de la résiliation?

D'abord, la faculté pour l'échangiste de revendiquer la chose par lui livrée. Cela ne souffre aucune difficulté, lorsque la chose se trouve encore entre les mains du coéchangiste. N'ayant rien donné en échange, il n'a aucun droit à la chose par lui reçue. Le continuer dans sa possession ne saurait donc se concevoir en présence d'une revendication formelle de la partie contractante.

983. — La question de revendication devient plus délicate lorsque le défendeur ayant aliéné la chose qu'il avait reçue, c'est contre le tiers détenteur que cette revendication doit être intentée et poursuivie.

Le droit romain la refusait positivement : *Contra emptorem quidem nullam te habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas.*[1] Cette décission formait le droit commun avant le Code civil, et c'est sous son empire que la Cour de cassation a jugé, le 16 prairial an XII, que la revendication contre le tiers détenteur était interdite.

Le Code civil a-t-il abrogé cette législation? Non, dit Favard.[2] L'article 1704, en décidant que le copermutant reprendra la chose, ne s'explique pas en ce qui

[1] L. 4. Cod. *de Rerum permut.*

[2] V° *échange.*

concerne le tiers détenteur. Donc, au regard de celui-ci, il faut s'en tenir aux principes du droit romain et notamment à la solution de la loi 4 au Code *de Rerum permutatione*.

Mais indépendamment de l'article 1704, le législateur français a édicté l'article 1707, aux termes duquel toutes les *autres* règles prescrites pour la vente s'appliquent à l'échange. Or, personne ne conteste au vendeur non payé de revendiquer contre le tiers détenteur. Cette règle serait-elle en dehors de *toutes les autres* que l'article 1707 déclare communes à l'échange?

Remarquons que l'assimilation entre l'échange et la vente n'avait pas été méconnue par le droit romain. La loi 4 au Code n'avait fait que l'appliquer justement en prohibant pour l'échange ce qui était déjà prohibé pour la vente. On sait, en effet, que le vendeur, ayant suivi la foi de l'acquéreur, n'avait plus contre celui-ci qu'une action personnelle en paiement du prix.

La théorie du Code n'est plus celle sur laquelle était fondé le droit romain. N'est-il donc pas logiqne de dire aujourd'hui que par cela seul que l'action contre le tiers est ouverte en cas de vente, elle l'est également pour l'échange. L'identité dans le contrat doit déterminer l'identité des conséquences.

On cherche à expliquer la différence par ce fait que le vendeur a un privilége que la loi le force d'inscrire, tandis que le copermutant n'en a aucun.

Mais, dit Merlin,[1] ce qui répond victorieusement à

[1] *Rép.*, v°, *échange*, n° 2.



cela, ce qu'il doit en être de l'aliénation par l'acheteur qui n'a pas payé son prix, comme de l'hypothèque qu'il aurait constituée sur le fonds dont il doit le prix à son vendeur ; qu'aux termes de l'article 2025, l'hypothèque prise sur l'acquéreur qui n'a point payé le prix, s'évanouit lorsque le vendeur, à défaut de paiement, a fait prononcer la résolution de la vente; qu'ainsi l'aliénation que l'acquéreur a faite avant qu'à défaut du paiement du prix, la vente ait été résolue, doit également être considérée comme non avenue; et qu'enfin le défaut d'inscription du privilége du vendeur ne prive celui-ci ni de la faculté de faire résoudre le contrat de vente, ni du droit de faire valoir cette faculté soit contre les créanciers hypothécaires, soit contre les aliénataires de l'acheteur.

Merlin pense donc que l'article 1707 s'en référant pour l'échange aux règles de la vente, le législateur a formellement abrogé la loi 4 au Code *de Rerum permutatione;* qu'on doit donc tenir comme certain qu'aujourd'hui l'échangiste évincé ou menacé de l'être peut revendiquer la chose par lui livrée contre le tiers détenteur. C'est aussi ce qu'enseignent d'autres graves jurisconsultes.[1]

Ainsi, la revendication peut être utilement exercée contre le tiers acquéreur. L'échangiste ayant perdu ou se trouvant exposé à perdre la chose en échange de laquelle il a livré la sienne, est, par rapport à celle-ci,

[1] *Vid.* notamment Troplong, sur l'art. 1704; — Duranton, t. XVI, p. 578 et suiv.

un véritable vendeur non payé. Conséquemment, l'acheteur direct du copermutant, comme tous les acheteurs successifs, subira l'application de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*. Par un *à fortiori* incontestable, les hypothèques et priviléges conférés depuis l'échange s'effacent et disparaissent. Les droits du copermutant étant conditionnels et résolubles, tout ce qui émane de lui revêt ce double caractère ; donc la résolution prononcée et la condition se réalisant, la chose rentre franche et libre aux mains de son ancien propriétaire.[1]

984. — Le vice résultant du défaut de propriété chez le copermutant est radical et absolu, à tel point que la ratification du véritable propriétaire ne saurait couvrir la nullité qui en résulte. C'est ce qui s'induit de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1810, que nous avons ci-dessus cité. On comprend assez que le fait d'un tiers ne puisse faire maintenir un contrat viscéralement sans effet par le défaut de capacité des parties contractantes au moment de sa confection. C'est la ratification qui constituerait le véritable échange, et, dès-lors, on ne saurait l'imposer à la partie contre son gré, si elle refusait d'y consentir.

985. — Mais si la ratification est sans résultat sur l'existence de l'acte, elle peut exercer une grande influence sur l'appréciation des dommages-intérêts récla-

[1] Aix, 25 mai 1813 ; — D. A., t. XII, p. 939.

més, car la résiliation crée pour la partie qui l'obtient le droit à obtenir un dédommagement, même dans le cas où elle réclame la restitution de ce qu'elle a donné.

986. — Il est vrai que ce droit a été contesté. L'article 1705, a-t-on dit, autorise la reprise de la chose ou des dommages-intérêts. En s'en tenant à cette alternative le législateur a donc proscrit le cumul.

C'est là interpréter l'article 1705 d'une manière fort inexacte et en méconnaître ouvertement le sens. Cette disposition ne dit qu'une seule chose, à savoir : que la reprise de la chose ne constitue, en cas de résiliation, qu'une faculté et non une obligation. Le demandeur a donc le choix de réclamer, en cas de résiliation, ou la restitution de ce qu'il a donné, ou l'allocation d'une somme en représentant la valeur. La possession de la chose peut être onéreuse, la preuve que le propriétaire ne voulait pas la conserver, c'est qu'il l'avait aliénée, et le même intérêt peut exister après comme avant la résiliation. Ces exigences que le législateur a comprises et que les tribunaux pouvaient méconnaître, l'ont décidé à ne faire de la reprise de la chose qu'une faculté au choix de celui qui a obtenu la résiliation.

Indépendamment du droit d'obtenir ou la chose ou son équivalent en argent, ce qui ne saurait être raisonnablement contesté, l'échangiste évincé peut essuyer un préjudice plus ou moins considérable par la résiliation de l'échange. Les dépenses qu'il a réalisées sur la chose qui lui est enlevée, la perte des avantages que la possession lui promettait, les frais frustrés du procès

qu'il a à soutenir, tout cela exige un dédommagement que l'article 1705 n'a jamais eu pour objet d'empêcher.

La reprise de la chose ne laisse pas quelquefois que d'exiger un dédommagement. La jouissance d'un coéchangiste a pu s'exercer au gré de sa volonté et même de ses caprices. Il a pu changer les lieux, ajouter des constructions nouvelles parfaitement inutiles au propriétaire réintégré, introduire un nouveau mode de culture onéreux pour celui-ci, enfin dégrader la chose. Or, si les parties, par la résiliation, doivent se retrouver au même état qu'auparavant, n'est-il pas juste que ce résultat s'obtienne aux dépens de celui qui a occasionné la résiliation ?

Le droit d'obtenir des dommages-intérêts, même dans le cas de réintégration, dans la propriété de la chose échangée, nous paraît commandé par ces considérations. Il est, de plus, consacré par les principes généraux du droit, par les principes spéciaux de la vente.[1] Nous avons déjà dit qu'on doit, en matière d'échange, s'en référer aux uns et aux autres.

987. — Les dommages-intérêts sont donc dus dans tous les cas. Leur appréciation est livrée à la prudence et à la sagesse des tribunaux. Les règles prescrites par les articles 1634, 1635 et 1646 sont applicables à l'échange et fournissent un mode de liquidation qu'il convient de suivre. Les dommages-intérêts résultant de la dépossession devraient être refusés s'il dépendait du

[1] V. art. 1184, 1599, 1610 et 1626 du Cod. civ.

demandeur d'éviter cette dépossession, dans le cas, par exemple, où il n'aurait pas voulu accepter la ratification du véritable propriétaire.

988. — Si la partie préfère un dédommagement en argent à la restitution en nature, ce dédommagement doit consister dans le prix actuel de la chose. L'augmentation de valeur qu'elle aurait subie, même par le seul bénéfice du temps, devrait profiter à celui qui, dépouillé de la chose par lui reçue, est censé avoir toujours possédé celle qu'il avait donnée. Fixer la valeur restituable à celle qu'avait la chose au moment de l'échange, ce serait éluder la faculté laissée par l'article 1705 et forcer à demander, dans tous les cas, la restitution en nature.

989. — L'article 1706 prohibe l'action en lésion pour le contrat d'échange. Cette solution, admise dans l'ancien droit contre l'opinion de Godefroi, Cujas, Dumoulin et Pothier, reposait sur ce fondement qu'il n'était pas facile de distinguer entre les parties : *Uter venditor, uter emptor.*

Dans le fait, chaque partie réunit sur sa tête la double qualité d'acheteur et de vendeur. Il était donc logique de refuser à l'un et à l'autre ce que la loi dans la vente prohibe à l'acheteur. Les motifs sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. La convenance, l'avantage de l'échange pour une des parties a pu être tel qu'il aura volontairement fermé les yeux sur l'exagération évi-

dente des prétentions et du prix qu'il a sciemment accepté.

Il ne saurait alors exister aucun préjudice, aucune lésion : *Volenti non fit injuria.*

990. — Mais il est évident que si la valeur réelle de l'objet échangé a été dissimulée à l'aide de manœuvres caractérisant le dol ou la fraude, il y aura lieu à recours, même pour lésion, en vertu du principe que nous avons si souvent déjà rappelé : que le dol et la fraude font exception à toutes les règles. C'est ce que la Cour de Colmar a consacré dans une espèce où l'échange déguisait une opération usuraire.[1] L'article 1706 reçoit donc une exception lorsque l'inégalité de la valeur a été le résultat d'un déguisement frauduleux.

991. — Une autre exception doit être admise lorsque la forme de l'échange n'a été empruntée que pour déguiser une vente faite à vil prix et pour priver le vendeur d'exciper de la lésion qui lui est imposée. Le caractère juridique de cette exception ne saurait être méconnu. Toute la difficulté gît dans son application.

Eh ! d'abord la simulation étant le fait des deux parties, la preuve testimoniale que l'une d'elles demanderait à produire ne serait pas reçue. On sait que la jurisprudence s'est prononcée pour la règle *nemo auditur turpitudinem suam allegans.* Il faut donc une preuve écrite résultant soit de documents justifiant la fraude,

[1] 25 mars 1825 ; — D. P., 25, 2, 173.

soit de l'acte même; et celle-ci, on le comprend, sera dans tous les cas la plus décisive.

992. — Mais à quel caractère reconnaîtra-t-on qu'il y a vente et non échange? A l'existence de la soulte? Mais cette soulte peut n'être que la conséquence légitime de l'échange, que son exécution naturelle. Les choses échangées ne sont pas toujours d'une valeur égale, et le paiement d'une soulte n'est, dans ce cas, que la voie unique d'atteindre à cette égalité qui est l'essence du contrat. Loin donc de dénaturer l'échange, la soulte le constitue souvent. Son existence ne pourrait, par elle seule, prouver la simulation.

993. — Cependant la soulte établit jusqu'à concurrence le contrat de vente. Partant de ce principe, voici les distinctions à l'aide desquelles nos anciens jurisconsultes essayaient de résoudre la difficulté que nous examinons.

Lorsque la soulte excède la valeur de la chose donnée en échange, dans l'hypothèse par exemple de la dation d'une chose de 5,000 fr. pour une de 20,000 fr. il y aura vente. Le paiement d'une partie du prix en nature ne saurait assigner à l'acte le caractère d'un échange.

Lorsque la soulte est égale à la valeur de la chose. Exemple, on échange une chose de 10,000 fr. contre une de 5,000 fr., on doit se prononcer pour le contrat le plus noble, c'est-à-dire pour la vente : *Venditio dignior est quæ in dubio præferenda.*

Lorsque la soulte est inférieure à la valeur de la chose. Exemple, l'échange d'une chose de 20,000 fr. contre une de 15,000 fr., on se prononcera pour l'échange, la soulte n'étant ici qu'un accessoire naturel et légitime.[1]

Ces distinctions, admises par M. Troplong,[2] paraissent fournir une base d'appréciation raisonnable. Nous ne pensons pas, cependant, qu'elles soient tellement absolues qu'on ne puisse s'en écarter. Nous dirons de leur ensemble, ce que cet éminent magistrat dit de la seconde, à savoir : que c'est surtout par les circonstances de l'acte et par l'intention des parties que les juges doivent se prononcer.

Sans doute aussi, la dénomination donnée à l'acte doit être prise en considération, mais ne perdons pas de vue que cette dénomination peut n'être que la conséquence de la fraude. L'acheteur qui n'a pas voulu paraître tel pour se soustraire à une action en lésion, veillera à ce que la forme extrinsèque de l'acte soit conforme à ses projets. Nous croyons donc que ce n'est qu'en l'absence de tout reproche de dissimulation que la dénomination de l'acte pourra être utilement consultée. Nous ne dirons donc pas pour la décision du litige, ce que M. Championnière dit pour l'enregistrement, à savoir : que la qualification donnée au contrat est la première, la plus sûre des directions.[3]

[1] Bruneman, sur la loi 1, Dig., nos 1, 2 et 3, *de Rerum permut.*

[2] Sur l'art. 1702.

[3] *Des Droits d'enregistrement*, tom. 1, n° 86.

SECTION IX. — FRAUDE DANS LE LOUAGE.

—

SOMMAIRE.

994. La fraude peut vicier le louage dans son origine, ou naître dans son exécution.
995. Le but essentiel du louage est tantôt la jouissance temporaire d'un objet déterminé, tantôt un salaire.
996. La principale obligation du bailleur est donc de livrer l'un ou l'autre. Conséquences.
997. La location de la chose d'autrui est nulle, comme le serait la vente ou l'échange.
998 La menace d'éviction produit-elle un effet également identique ?
999. Droit du preneur de la chose d'autrui, s'il a consenti des anticipations sur les loyers.
1000. Dangers auxquels s'expose le communiste qui loue seul la chose commune.
1001. L'usufruitier, le mari ou le tuteur qui donnent à bail les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration commettent une fraude s'ils cèlent leur qualité.
1002. Conséquences, suivant que le bail est consenti pour moins ou pour plus de 9 ans.
1003. Fraude évidente du bailleur qui loue deux fois la même chose ou qui, après avoir loué, vend sans faire de l'entretien du bail une condition de la vente. Effet dans le premier cas.
1004. Effet dans le second.
1005. Obligations qui naissent du devoir d'assurer la jouissance au preneur.

1027. Réfutation.
1028. Obligation du preneur de conserver les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de la délivrance. Son étendue.
1029. Impossibilité d'en changer la destination.
1030. Le locataire d'un établissement industriel doit l'exploiter jusqu'à la fin du bail.
1031. Faut-il, pour que la plainte en changement de destination soit recevable, que l'interdiction soit expressément contenue dans le bail ?
1032. La profession du locataire doit être prise en considération pour juger les intentions des parties.
1033. La dissimulation de cette profession pourrait faire résilier le bail.
1034. Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination capable de faire résilier le bail ?
1035. La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux baux des biens ruraux.
1036. L'obligation, pour le preneur d'un bien rural, d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire ordinaire.
1037. Devoir que le premier a de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété. Conséquence quant aux usurpations qui pourraient être commises.
1038. Délai dans lequel l'avertissement doit être donné. Ses formes.
1039. Peine attachée au défaut d'avertissement.
1040. Cas dans lesquels la fraude du fermier revêt les caractères d'un délit.
1041. Effets de l'enlèvement ou de l'absence des capitaux morts ou vivants.
1042. Fondement de l'action en résiliation.
1043. Fondement de celle en restitution et en dommages-intérêts.
1044. L'expiration du bail amène le règlement des malfaçons reprochables au fermier.

994. — Le contrat de louage peut être entaché de fraude soit dans son origine, soit dans l'exécution qui lui est donnée. L'effet est le même dans l'un et l'autre cas, c'est-à-dire que le contrat est résilié suivant la gravité du préjudice occasionné, et que des dommages-intérêts peuvent être prononcés contre son auteur.

La fraude sera imputable soit au bailleur, soit au preneur, selon qu'il s'agira de la violation d'un devoir imposé à l'un ou à l'autre. Voyons donc les obligations qu'ils doivent réciproquement remplir. Nous indiquerons les conséquences de leur violation.

995. — Le but essentiel du louage est, de la part du

preneur, de se procurer la jouissance temporaire d'un objet certain et déterminé. Dans le louage d'ouvrages, c'est tantôt l'industrie d'un individu qui est mise à contribution moyennant un salaire convenu, tantôt un ouvrage qui doit être confectionné et livré par un entrepreneur ou ouvrier. Nous allons nous occuper d'abord du louage des choses.

996. — Le but de ce contrat, tel que nous venons de le déterminer, indique que la principale et la première obligation du bailleur est de faire jouir le preneur des objets faisant la matière de la location. Tout ce qui est de nature à empêcher ou à troubler cette jouissance est une fraude dont il est dû réparation.

De là il suit :

1° Que la location de la chose d'autrui est de nature à empêcher le bail de sortir à effet ;

2° Que le propriétaire qui loue successivement la même chose à diverses personnes,

Ou qui, après avoir loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend la chose louée sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente,

Commet tout autant de fraudes engageant sa responsabilité et ouvrant contre lui l'action du preneur.

997. — On ne peut pas plus louer la chose d'autrui que la vendre ou l'échanger. Le bail à loyer n'est pas autre chose que le transfert pour un temps plus ou moins loin d'un des attributs de la propriété, la jouissance. Ceci suppose donc, chez le bailleur, la qualité de

propriétaire. Si cette qualité ne lui appartient pas, comment pourra-t-il assurer au preneur la jouissance pour laquelle ils ont traité ?

La nullité prononcée contre la vente ou l'échange de la chose d'autrui doit donc être appliquée au louage. Le preneur, évincé ou menacé de l'être par le véritable propriétaire, aura donc le droit de demander la résiliation du contrat et la réparation pécuniaire du préjudice résultant de cette résiliation.

998. — Faut-il donner à la menace d'éviction les mêmes effets que ceux qu'elle entraîne dans la vente ou l'échange? La découverte que la chose louée n'appartient pas au bailleur, ouvrira-t-elle immédiatement l'action du preneur? Non ; à notre avis, l'action du preneur serait irrecevable tant que le trouble à sa jouissance ne serait pas réalisé.

Cette solution est contraire à celle que nous avons indiquée dans le cas de vente ou d'échange. Mais cette contradiction s'explique naturellement par la nature des choses et par la différence majeure existant dans l'intérêt engagé dans ces diverses hypothèses.

Le vendeur et l'échangiste, ayant le premier payé le prix, le second livré la chose, ont le plus grand intérêt à agir le plus promptement possible. Les soumettre à attendre que le véritable propriétaire rompît le silence, c'était, dans bien de cas, les condamner à perdre, par l'insolvabilité de la partie contractante, le recours que l'action du propriétaire leur ouvre.

D'ailleurs, le résultat du vice, entachant la vente ou



l'échange, étant d'enlever à l'échangiste ou à l'acquéreur la chose reçue, la connaissance de ce vice les met, l'un et l'autre, dans une position singulière. Oseront-ils se livrer à des dépenses dont un tiers profitera? Pourront-ils, suivant que la nécessité de leurs affaires l'exigerait, aliéner ou disposer d'une chose qu'ils savent ne pas leur appartenir et s'exposer ainsi aux dommages-intérêts qu'une résiliation imminente leur permet d'entrevoir, et qui seront d'autant plus élevés, qu'ils auraient sciemment disposé de la chose d'autrui? Donc, le possesseur de la chose d'autrui par vente ou échange n'a qu'une propriété flottante, incertaine, indisponible, ce qu'il convient de faire cesser au plus tôt.

Le louage n'offre aucun de ces inconvénients. Dans ce contrat, ce qui est de l'essence de la convention, est moins le droit en lui-même que la jouissance matérielle des lieux. Si donc ce fait se réalise sans trouble aucun, le preneur a tout ce qu'il peut raisonnablement exiger. Il suffit de lui réserver le droit de se plaindre dès que le trouble viendra à s'effectuer.

Le bail, étant d'ailleurs temporaire, peut parfaitement s'accomplir sans que le véritable propriétaire réclame. Que ce silence soit spontané, qu'il ne soit que le résultat d'un accord avec le locateur, peu importe, celui-ci a rempli ses engagements en faisant jouir le preneur, qui n'a, dès-lors, aucune raison plausible pour demander à être exonéré.

De plus, le prix du bail n'est payable qu'à des termes ordinairement rapprochés. Ce prix n'étant que la représentation de la jouissance, le paiement en serait sus-

pendu par le trouble apporté à celle-ci. Quant aux loyers précédemment payés, le véritable propriétaire n'aurait pas le droit de les exiger une seconde fois, le paiement fait de bonne foi au propriétaire apparent ayant complètement et légalement libéré le locataire.

Dès-lors, ce dernier ne court aucun risque sérieux. Il ne peut donc se plaindre de ce qu'on ajourne la recevabilité de sa demande jusqu'à la réalisation du trouble.

999. — Cependant, si le preneur avait en entrant payé par anticipation tout ou partie des loyers que le bail doit rendre exigibles, la connaissance que la chose louée n'appartient pas au bailleur lui conférerait le droit d'exiger de lui soit le remboursement de tout ce qui ne serait pas actuellement échu, soit un cautionnement pour un remboursement futur. De plus, et pour éviter toute contestation ultérieure sur les paiements de loyer postérieur à la connaissance du vice, il conviendrait au preneur de ne faire ces paiements qu'après avoir mis le véritable propriétaire en demeure de faire valoir ses droits.

1000. — Le communiste, louant en son nom seul la chose indivise, excède les droits lui appartenant et s'expose à un double danger.

1° A une poursuite en résiliation de la part de ses copropriétaires. Remarquons, toutefois, que, juste en principe, cette prétention pourrait être repoussée dans l'application, si le bail stipulait un prix sincère et légitime, si le bailleur résidait sur la localité, tandis que ses

cointéressés habitent des lieux plus ou moins éloignés, et si de baux antérieurs, consentis de la même manière, n'avaient pas été attaqués. Tout cela indiquerait que le bailleur, agissant ne fût-ce que comme le *negotiorum gestor* de ses cointéressés, n'a fait qu'un acte de sage administration auquel il était au moins tacitement autorisé. La demande en résiliation pourrait, dès-lors, être écartée.

Mais il en serait autrement si le bailleur avait dissimulé le véritable prix du bail ou s'il avait stipulé secrètement tout autre avantage exclusivement personnel. La fraude, évidente dans cette hypothèse, entraînerait non-seulement la résiliation du bail, mais encore l'allocation de dommages-intérêts pouvant excéder, mais non rester en dessous des avantages indûment perçus. Comme dans tous les cas de fraude, la preuve incomberait aux demandeurs.

2° A la demande en résiliation de la part du preneur. La poursuite et les effets de cette demande seraient déterminés par les règles que nous venons de tracer pour le louage de la chose d'autrui.

1001. — Les articles 595, 1429 et 1718 du Code civil donnent à l'usufruitier, au mari, au tuteur, la faculté de louer les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration. Quelle que soit la durée des baux qu'ils ont consenti en cette qualité, le preneur n'a aucun droit à exercer, pas même celui de se faire cautionner les anticipations qu'il aurait consenties.

La dissimulation de la qualité constitue une véritable

fraude. Mais, comme elle n'est pas dans tous les cas nécessairement préjudiciable, il y a lieu d'établir la distinction suivante :

1002. — Si le bail n'a qu'une durée de neuf ans ou au-dessous, le locataire n'a aucun motif de se plaindre, ce qu'il a voulu, c'est la jouissance des objets loués pendant toute la durée de son bail. Or, cette jouissance lui est assurée, puisque le bail n'excède pas le droit conféré par la loi à celui qui l'a consenti. Donc, le nu-propriétaire, la femme ou l'ancien mineur sera obligé de l'exécuter pour toute sa durée, à moins qu'il ne prouve que le bail est frauduleux et lésif.

Mais on ne peut admettre l'existence d'un bail frauduleux et lésif sans admettre, en même temps, la complicité du preneur. Ce n'est pas, en effet, en faveur de celui-ci que le bailleur méconnaîtra les devoirs que sa qualité lui impose. Conséquemment, le preneur, ayant participé à la fraude et déterminé, par son fait, la cause de la nullité du bail, ne saurait être ni recevable, ni fondé à se plaindre de cette nullité.

Toutefois, si le preneur a fait des anticipations sur les loyers à venir, l'ignorance de la qualité du bailleur lui donnera le droit d'exiger soit le remboursement de ses avances, soit un cautionnement.

Si le bail est consenti pour une période de plus de neuf ans ou renouvelé contrairement à l'article 1430 du Code civil, la dissimulation de la qualité du bailleur pourrait être pour le preneur un motif de demander la résiliation du contrat. Il peut se faire, en effet, que la

durée du terme stipulé ait été la cause déterminante, sans laquelle le preneur n'aurait pas consenti à accepter cette qualité; que cette même durée ait été stipulée en compensation de l'état des biens loués, des dépenses et frais à exposer pendant les premières années. Or, cette espérance peut ne pas se réaliser, car l'exécution complète de l'acte tient à une éventualité dont le preneur peut ne pas vouloir courir les chances et dont on lui a frauduleusement dissimulé l'existence.

1003. — La fraude du propriétaire qui loue successsivement la même chose à deux personnes, ou qui, ayant loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente, n'est pas douteuse. Dans la première hypothèse, l'un des preneurs se verra dans l'impossibilité de jouir de la chose. Il est évident qu'on ne saurait lui refuser la résiliation du bail et l'allocation de dommages intérêts. Le juge serait d'autant plus sévère, que cette allocation aurait pour cause la mauvaise foi la plus évidente.

Dans la seconde hypothèse, la fraude n'existerait et ne serait préjudiciable que si, au moment de la vente, le bail avait encore plusieurs années à courir. Il est évident que, s'il s'agissait d'un bail annuel dont l'exécution a précédé la vente, l'acquéreur ne pourrait évincer le fermier actuel qu'à la fin de l'année et conformément aux usages de la localité.

1004. — Si la vente est réalisée avant l'entrée en

jouissance du preneur, le silence gardé par le vendeur sur l'existence du bail dispenserait l'acheteur de l'obligation de l'exécuter. Le refus de celui-ci anéantirait le bail, mais laisserait à la charge de l'ancien propriétaire les dommages-intérêts que la résiliation forcée du contrat ferait naître. Il en serait de même si l'acquéreur congédiait le fermier dont le bail devait se prolonger au-delà de l'année. Vainement le bailleur exciperait-il de sa bonne foi. Il dépendait de lui de rendre le bail obligatoire dans l'un et l'autre cas, en en faisant un devoir pour l'acquéreur. Le silence gardé envers celui-ci ne peut être que volontaire. Il est donc exclusif de toute bonne foi.

1005. — L'obligation d'assurer au preneur la jouissance de la chose louée entraîne, comme conséquence, celle de délivrer la chose au temps convenu; celle de l'entretenir de manière que la jouissance en soit possible; celle, enfin, de garantir les vices qui la rendraient impropre à sa destination.

La délivrance est en matière de louage ce qu'elle est dans la vente sous une destination différente. Conséquemment, nous nous en référons aux règles que nous avons exposées pour celle-ci.

1006. — L'article 1720, spécial pour le louage, fait une obligation au bailleur de délivrer la chose en bon état de réparations de *toute espèce*, ce qui comprend les réparations locatives demeurant, après la livraison et pendant la durée du bail, à la charge du preneur. Il est

évident, en effet, qu'on ne pouvait imposer à celui-ci des réparations dont la cause lui est étrangère, dès que leur nécessité a préexisté à la jouissance de la chose.

1007. — De là il résulte que si le mauvais état d'entretien a été dissimulé à l'aide de quelques réparations superficielles destinées à masquer plutôt qu'à améliorer l'état des lieux, le preneur pourrait contraindre à l'exécution franche et entière des prescriptions de l'article 1720 et, à défaut, obtenir la résiliation du bail.

Cette résiliation s'explique par l'intérêt du preneur. Les réparations locatives non réalisées au moment de l'entrée en jouissance seraient plus tard à sa charge. D'ailleurs, plus la chose est en état, et moins il y aura d'occasions de la réparer. Donc, sous ce double rapport, l'intérêt du preneur est évident.

1008. — Vainement le bailleur, pour se soustraire à l'article 1720, prétendrait-il que la chose ayant été visitée avant de traiter, le preneur a accepté l'état des choses dont il se plaint; qu'il a eu, d'ailleurs, lui-même tort de la louer telle qu'elle se trouve. On lui répondrait, avec raison, que la fraude ne pouvait se prévoir; que la chose paraissait en bon état d'entretien au moment de la visite et que cette apparence devait suffire; que le preneur avait d'autant moins le devoir de l'approfondir, que l'article 1720 la lui garantissait en quelque sorte; qu'ainsi, loin de renoncer au bénéfice de cet article, il

se l'est d'autant plus réservé, qu'il n'a traité que parce qu'il l'a cru acquis.

Ainsi, aucune fin de non-recevoir ne saurait résulter de la visite de la chose louée. La demande du preneur, en exécution de l'article 1720, devrait être accueillie si elle était fondée, à plus forte raison le serait-elle si les réparations dolosives étaient postérieures à la visite.

En cas d'inexécution, le bail pourrait être résilié, mais il peut se faire que cette résiliation n'entre pas dans les convenances du preneur. Ce cas se réalisant, celui-ci se fera autoriser à faire lui-même les réparations, dont la nécessité sera constatée, aux frais du bailleur, le remboursement de la dépense pourra être immédiatement exigible ou être compensé avec les loyers à échoir, au gré du preneur.

1009. — Le défaut de délivrance de la chose louée peut entraîner la résiliation du bail; cette possibilité ne saurait être invoquée par le bailleur. Manquant à un devoir essentiel, celui-ci ne pourrait se soustraire à la résiliation que le preneur demanderait.

1010. — Mais ce dernier ne saurait jamais être contraint à subir malgré lui la résiliation. La demander est pour lui une faculté et non une obligation; s'il croit la délivrance de la chose possible, si elle convient mieux à ses intérêts, il a le droit de forcer le bailleur à la réaliser, et, le jugement obtenu, il peut se faire mettre en possession *etiam manu militari*. Telle est la nature de l'action qui lui est ouverte et que le droit romain quali-

fiait d'*actio conducti*, ou *ex conducto*, et dont les effets se sont continués sous l'empire du droit qui nous régit.[1]

1011. — La délivrance opérée et le preneur entré en jouissance, toutes les réparations locatives restent à sa charge. Ces réparations sont présumées la conséquence de la jouissance et nécessitées par sa faute ou par celle de sa famille.[2]

1012. — Mais il n'en est pas de même des réparations nécessaires pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée. Le propriétaire, retirant les fruits civils de la chose, est naturellement tenu de maintenir celle-ci en état d'être jouie par le preneur. Tout ce qui porte atteinte à cette jouissance, tout ce qui s'oppose à ce qu'elle s'exerce librement et d'une manière complète, est une violation de l'obligation imposée au bailleur. Il appartient donc uniquement à celui-ci d'y remédier, et cela pendant toute la durée du bail.

Le propriétaire est donc tenu de faire cesser le trouble, dès qu'il est mis en demeure de le faire. Il est responsable du refus ou du retard qu'il mettrait à faire cesser un état des choses préjudiciable au preneur, qui pourrait dès-lors le faire condamner non-seulement à faire les réparations, mais encore à des dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé depuis la mise en demeure.

[1] *Vid.* Troplong, n[os] 171, 172, 475 et suiv.
[2] Pothier, n° 107.

1013. — Dans sa sollicitude pour les droits de chacun, le législateur a cru devoir régler le mode et la durée des réparations. S'il était raisonnable que le preneur dût souffrir la privation de jouissance résultant de la nécessité d'une réparation plus ou moins importante, il ne fallait pas que le bailleur pût, au gré de ses caprices, prolonger la durée des travaux et aggraver par sa négligence la position du bailleur. De là la disposition de l'article 1724 réglant souverainement les droits et les devoirs de chacun.

1014. — L'existence d'un vice caché, rendant la chose impropre à sa destination, engage la responsabilité du bailleur tenu à la garantie. Il résulte des termes de l'article 1721 que cette garantie ne s'entend que des vices empêchant la jouissance. Conséquemment, si le preneur n'excipait que d'une incommodité, l'article 1721 serait inapplicable, il ne pourrait en invoquer le bénéfice.

1015. — Les effets de la garantie édictée contre le bailleur sont :

En première ligne, la résiliation du bail ; l'ignorance absolue et complète de l'existence du vice ne saurait, aux termes de l'article 1721, empêcher ce résultat. Il est évident, en effet, que dès que la chose ne peut, par une cause quelconque, recevoir la destination que le preneur lui affectait au vu et su du bailleur, le bail doit cesser d'exister, on ne saurait équitablement exiger le prix d'une jouissance ne pouvant se réaliser.

1016. — En deuxième ligne, l'allocation de dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur a connu avant le bail le vice dont la chose était affectée. La dissimulation du bailleur est plus qu'une fraude, elle constitue un dol véritable. L'appréciation de la réparation due au preneur se ferait donc sur les bases édictées par l'article 1151 du Code civil;

1017. — En troisième ligne, et dans tous les cas, la réparation de la perte matériellement éprouvée par le preneur.

Cette solution, que le sens littéral des termes de l'article 1721 renferme évidemment, nous paraît dictée par la plus saine équité. En effet, si le propriétaire et le locataire se sont trompés et qu'ils aient l'un et l'autre ignoré le vice de la chose, il ne faut punir ni l'un ni l'autre; mais si ce vice a occasionné un préjudice, comment condamnera-t-on le preneur à le subir? Où est la faute qu'il a commise? Devait-il connaître ce que le propriétaire ignorait? Mais cette faute n'est-elle pas celle de ce propriétaire? N'est-elle même pas plus grave chez lui que chez le preneur, puisqu'en sa qualité il avait bien d'autres moyens que celui-ci de connaître la vérité?

En l'état donc, mettre à la charge de ce propriétaire la perte que le vice de la chose a déterminée, c'est faire à chacun la part qui lui est due, rappelons-nous cet adage de notre ancien droit : *Il n'y a pas à hésiter entre celui qui s'est trompé, et celui qui souffre.* Or, évidemment celui qui s'est trompé dans l'espèce, c'est le propriétaire; celui qui souffre, c'est le locataire.

1018. — Telle n'est pas cependant la solution à tirer de l'article 1721, d'après M. Troplong. Cet éminent jurisconsulte pense que le bailleur ignorant du vice ne doit supporter ni dommages-intérêts, ni pertes quelconque, il enseigne que la perte doit rester pour compte du preneur.

M. Troplong invoque d'abord le principe développé par Ulpien, dans la loi 19, § I, Dig., *de Locat. conduct.* Se fondant ensuite sur l'affinité incontestable entre la vente et le louage, il fait application à celui-ci de l'article 1646, et il conclut que le bailleur ayant ignoré le vice n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu et à supporter les frais de louage.

1019. — Quelque profond que soit notre respect pour le savant auteur dont nous rappelons l'opinion, quelque considérable que soit son autorité, nous devons le dire, les motifs sur lesquels il fonde sa doctrine ne nous ont pas convaincus, sa doctrine elle-même nous a paru méconnaître l'esprit et la lettre de l'article 1721.

Nous repoussons le recours au droit romain par un double motif: d'abord parce que la décision d'Ulpien ne nous paraît pas aussi décisive que le soutient M. Troplong; ensuite, parce qu'en la supposant telle, elle devrait rester aujourd'hui sans autorité, le Code civil ayant adopté une doctrine contraire.

Nous nous bornerons, sur le premier point, à faire remarquer qu'Ulpien refuse d'une part les dommages-intérêts, et de l'autre le droit d'exiger les loyers : ***Aliter atque si saltum pascuum locasti,*** **IN QUO HERBA MALA** ***nas-***

cebatur. Hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest prestabitur SI SCISTI, *si* IGNORASTI *pensionem non petes.*

Ainsi, pas de doute, le preneur ne pourra exiger des dommages-intérêts, ni le bailleur exiger le prix de la location. Cela exclut-il nécessairement la faculté pour le premier d'exiger le remboursement de la perte qu'il a essuyée?

On pourrait admettre le contraire. En droit romain, les dommages-intérêts s'entendaient d'un double élément : la perte éprouvée, le gain dont on était privé, *damnum emergens*, *lucrum cessans*. Proscrire l'ensemble, ce n'est pas exclure nécessairement le droit d'exiger séparément l'un de ces deux éléments. Conséquemment être placé dans l'impossibilité d'exiger des dommages - intérêts, n'entraîne pas l'interdiction de poursuivre la réparation de la perte.

Nous le croyons avec d'autant plus de fondements que, pour décider le contraire, il faut admettre que le preneur a fait faute, et c'est ce que lui reproche M. Troplong. Le preneur, dit-il, a à s'imputer d'avoir ignoré la nature de la chose qu'il loue. Mais un pareil reproche peut-il être fondé lorsqu'il s'agit d'un vice tellement caché, que ce n'est que par la jouissance elle-même qu'il doit se déceler; que le propriétaire a pu l'ignorer, lui qui possède la chose depuis longues années peut-être! lui qui doit aussi connaître la chose dont il dispose, car si le preneur doit savoir qu'elle est la chose qu'il reçoit, il est juste que le bailleur sache qu'elle est la chose qu'il donne; si l'erreur est concevable chez l'un,

elle est concevable chez l'autre, il faut donc les placer l'un et l'autre dans la position qu'ils avaient avant le bail, et dès-lors obliger le propriétaire à indemniser de la perte, tout en imposant au locataire la privation du bénéfice qu'il eût pu réaliser.

Quoi qu'il en soit, en droit romain, de la justesse de cette doctrine, tout doute disparaît sous l'empire du Code, en présence de l'article **1721** : « Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, *quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.* » Voilà le principe nettement et formellement posé. Remarquons tout de suite combien il s'éloigne de celui formulé par Ulpien : *Si ignorasti, mercedem non petes.* Il serait singulier qu'à travers une opposition si tranchée dans les textes, les deux législations dussent arriver au même résultat.

Donc le bailleur doit garantie, même lorsqu'il a ignoré les vices ou defauts de la chose; quels seront les effets de cette garantie? L'artiele **1721** nous l'enseigne immédiatement : s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser. Or cette disposition n'est évidemment édictée que dans l'hypothèse de l'ignorance du bailleur, car, s'il avait connu le vice, ce n'est pas l'indemnité de la perte qu'il devrait. La dissimulation dont il aurait usé, constituant un dol, l'obligerait à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à supporter la perte dans les proportions de l'article **1151** et à tenir compte, sur les mêmes bases, du gain dont le preneur aurait été privé.

M. Troplong reconnaît lui-même l'évidence du sens



littéral de l'article 1721, mais il soutient que l'aperçu qui en dérive est trompeur. Pourquoi? Parce qu'il existe une grande affinité de principes entre le louage et la vente. Or, pour celle-ci, l'article 1646 borne l'obligation du vendeur au remboursement du prix et des frais de la vente. Pourquoi en serait-il autrement pour le louage, alors que le droit romain est précis à cet égard?

Nous sommes loin de méconnaître l'affinité réelle existant entre le louage et la vente. Mais toute la conclusion que nous en tirons, c'est que, dans le silence du Code, c'est par les principes applicables à la vente qu'on doit résoudre les difficultés offertes par le louage. Dès-lors, c'est à l'article 1646 que nous demanderions les devoirs à remplir par le bailleur ignorant les vices de la chose, si la législation spéciale au louage ne s'était pas formellement expliquée. Or l'article 1721 fournit à notre avis cette explication, et il la donne autre que celle de l'article 1646. Dès-lors on ne peut, sous prétexte d'affinité, se soustraire à un texte clair, précis et positif.

Pourquoi la loi a-t-elle voulu pour le louage le contraire de ce qu'elle a prescrit pour la vente? Nous n'avons pas à scruter la pensée du législateur, il suffit que sa volonté soit expressément énoncée, pour que tout s'empresse de courber la tête. Qu'on tente de la faire corriger, si on la croit mauvaise, c'est un droit dont l'exercice n'a rien que de très légitime; quant à nous, nous l'avons déjà dit, la prescription de l'article 1721 nous paraît dictée par les plus saines notions d'une exacte justice. Nous croyons d'ailleurs que l'obligation du vendeur, de s'assurer de la qualité et de la nature de

ce qu'il achète, est beaucoup plus grave que celle du locataire à l'endroit de la chose qu'il loue ; que, d'autre part, le locateur est, bien plus que le vendeur, tenu de connaître la chose qui fait la matière de la location ou de la vente, c'est ce que Zacchariæ exprime en ces termes : La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu doit savoir si elle y est propre et garantir non-seulement cet usage, mais encore les conséquences qui peuvent en résulter. [1]

Ainsi le bailleur doit garantie des vices ou défauts cachés, quand même il les eût ignorés ; cette garantie a pour effet non pas de le soumettre à des dommages-intérêts, mais de l'obliger à indemniser le preneur de la perte que les vices cachés ont entraîné. L'article 1646 est sans application au louage, l'article 1721 ayant édicté pour celui-ci une règle spéciale.

C'est ce que la Cour de cassation a formellement décidé le 30 mai 1837. [2] C'est ce qu'enseignent plusieurs auteurs recommandables. [3]

1020. — Le bail confère au preneur le droit de jouir de la chose louée pendant la durée du terme convenu, il en retire par conséquent tous les fruits, tant naturels qu'industriels ou civils. Il est à l'instar du propriétaire lui-même, il peut donc faire, à raison de cette jouissance, tout ce qu'il trouve utile ou convenable à ses intérêts.

[1] T. III, pag. 8.
[2] D. P. 37, 1, 409.
[3] Zacchariæ, *loco citato* ; — Delvincourt, t. III, pag. 191, notes.



Toutefois, cette faculté ne s'applique qu'à l'usage commun, qu'à la jouissance accoutumée des produits ordinaires de la chose. Tout ce qui sort de cette catégorie, tout ce qui ne peut être recueilli sans porter atteinte à la substance de la chose demeure personnel au propriétaire, qui seul a le droit d'en disposer. Ainsi les mines et carrières existant sur la propriété, ouvertes ou non au moment du bail, ne pourraient être exploitées par le preneur que si la convention lui en conférait expressément la faculté. L'exploitation, en l'absence d'une clause d'autorisation, serait un abus et une fraude que le propriétaire aurait le droit d'interdire pour l'avenir, avec dommages-intérêts pour le passé.

1021. — Le droit de louer est un des attributs de la jouissance. Il passe conséquemment au preneur pouvant toujours sous-louer, à moins que le contrat le lui interdise.

Ce principe, consacré par l'article 1717 du Code civil, a été méconnu par un arrêt de la Cour de Paris, du 28 juillet 1825, jugeant : que la concession du droit d'exploiter une mine de plâtre ne peut, dans le silence du contrat sur le droit de sous-louer, être valablement transmise à un tiers par le concessionnaire.[1] Les motifs de cet arrêt se fondent sur les lois spéciales aux carrières et mines, sur la responsabilité qu'elles font peser sur le propriétaire. De là on conclut que celui-ci, en concédant la faculté d'exploiter, ne l'a fait qu'en consi-

[1] Dalloz, 25, II, 218.

dération de la capacité et de l'aptitude du preneur; qu'en conséquence le bail est personnel et que la cession qui en est faite, constituant l'abandon de l'exploitation, il y a lieu de résilier le contrat.

Cette doctrine ne tend à rien moins qu'à créer une distinction que la loi proscrit. Toute jouissance est dans le cas d'être cédée, surtout lorsqu'elle est purement industrielle, car, dans cette hypothèse, le preneur a pu ne vouloir faire qu'une spéculation en sous-louant plus cher qu'il n'a lui-même loué. D'ailleurs, l'article 1717 est général et absolu, c'est donc le violer que de lui refuser ce caractère. L'objection que le bailleur n'a eu en vue que la capacité et l'aptitude du preneur, est détruite par le contrat lui-même, car, si telle avait été la cause déterminante du bail, on en trouverait la preuve dans l'interdiction de sous-louer que la loi permet de stipuler. Le silence des parties sur ce point exclut toute idée de personnalité dans le bail.

Qu'importe, d'ailleurs, la responsabilité que les lois spéciales font peser sur le propriétaire des mines ou carrières. En aliénant l'exploitation en faveur d'un tiers, ce propriétaire à assumé la responsabilité des actes de celui-ci, mais il a contre lui un recours qui lui a paru suffisant. Ce recours, n'est nullement affaibli par la sous-location, puisque le preneur primitif reste garant envers le bailleur des faits de celui qu'il s'est substitué. Dès-lors il n'y a rien de changé par la sous-location, il n'y a qu'une garantie de plus pour le propriétaire. On ne saurait dès-lors punir le preneur qui a usé d'une

faculté légale et résilier un bail qui n'a pas cessé d'exister tel qu'il a été consenti.

Que si le mode de jouissance adopté par le sous-preneur est abusif et nuisible pour le propriétaire, celui-ci a le droit soit de faire cesser les abus, soit de poursuivre la résiliation. Vainement le preneur primitif prétendrait-il que les actes dont on se plaint ne sont pas de son fait ; on lui répondrait victorieusement qu'il est censé avoir fait lui-même ce que son représentant a accompli, qu'il doit, dès-lors, être condamné, sauf son recours contre le sous-locataire.

Ainsi, en principe, la faculté de sous-louer est inhérente au contrat de louage. Mais la loi permet d'y déroger. L'absence d'une clause formelle dans l'acte de bail, laisse dans tous les cas au preneur le droit d'user de cette faculté.

1022. — Mais si le bail a prohibé cette faculté, le preneur ne pourra, sous aucun prétexte, se soustraire à la prohibition, il sera tenu d'exploiter lui-même la chose louée, la sous-location qu'il en ferait serait considérée comme un abandon illégal et frauduleux de la jouissance, et entraînerait dès-lors la résiliation du bail avec dommages-intérêts.

1023. — Le sous-locataire, évincé par l'effet de la résiliation, pourrait-il exiger des dommages-intérêts de la part de son bailleur? A cet égard une distinction nous paraît indispensable : ou le locataire a été trompé, ou il a été imprudent. Dans le premier cas, il lui est dû

des dommages-intérêts, qui lui seraient refusé dans le second.

Le sous-locataire a été trompé, lorsque l'existence du bail primitif lui a été dissimulée. Nous n'entendons pas par là qu'il faille que le sous-locateur se soit faussement attribué la qualité de propriétaire, il suffirait que tout en prenant la qualité de locataire, il eût placé la partie avec laquelle il traite dans l'impossibilité de vérifier la sincérité du droit qu'il exerce, c'est ce qui se réaliserait s'il avait caché l'existence d'un bail écrit, prétendant qu'il était locataire verbal. On comprend dans ce cas qu'aucun reproche fondé ne pourrait être adressé au sous-locataire, un bail verbal est exclusif de toute clause prohibitive d'une sous-location.

Si la sous-location a été faite par écrit, la dissimulation dont nous parlons sera de nature à être prouvée par l'acte même. Il est vrai que la qualité de locataire verbal peut avoir été prise pour éviter des droits éventuels d'enregistrement, mais le sous-locateur a le plus grand intérêt à se soustraire aux conséquences de cette dénomination. Il doit donc rapporter la preuve écrite que le sous-locataire n'a rien ignoré. Cette preuve résulterait de la remise de la convention primitive constatée par un récepissé signé du sous-locataire, ou de tout autre document écrit, émané de celui-ci.

Si la sous-location a été verbalement consentie, celui qui l'a acceptée pourra toujours alléguer et prouver qu'on lui a caché l'existence d'un bail écrit. Cette preuve pourra être fournie oralement, puisqu'il s'agit d'une dissimulation frauduleuse.

Le sous-locataire, qui a connu ou pu connaître la position réelle du sous-locateur, n'a droit à aucune allocation en cas d'éviction. Dans le premier cas, ou il s'est rendu complice de la fraude consommée par celui-ci, ou il a pris sur lui de courir les chances résultant de la prohibition de sous-louer. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il serait non-recevable à se plaindre d'une dépossession pouvant être facilement prévue au moment où il a traité.

Il en est de même si, sans avoir formellement connaissance de la prohibition de sous-louer, il a pu facilement la connaître, comme si le sous-bail mentionnait que le bailleur tenait les lieux en vertu d'un bail écrit. Cette énonciation impose au sous-locataire le devoir de se faire représenter le bail pour en connaître les conditions. S'il manque à ce devoir, il se rend coupable de négligence et accepte imprudemment un fait dont il lui a été donné de soupçonner au moins la sincérité.

Imprudence ou négligence, la sous-location reste à ses périls et risques. A toutes ses réclamations, on répondrait qu'il devait s'assurer de la condition de celui avec qui il contractait, qu'en ne le faisant pas, il a commis une faute dont il doit subir les conséquences, quelles qu'elles soient.

La prohibition de sous-louer est absolue et de rigueur, sa violation entraîne et doit faire prononcer la résiliation du bail. Il est évident dès-lors que la convention a voulu conférer au preneur une jouissance purement personnelle. La sous-location faisant cesser

cette jouissance, étant la violation la plus formelle des accords convenus, il y a lieu de les retracter.

Il ne dépend donc plus du locataire d'empêcher cette résiliation, même en offrant d'indemniser, par des dommages-intérêts, le préjudice que la sous-location peut occasionner. Si l'on admettait une pareille offre, on violerait l'article 1717, on donnerait à une seule partie le droit de faire au contrat des modifications ne pouvant se réaliser que par l'effet d'un consentement mutuel.[1]

1024. — Cependant la nécessité de l'habitation, lorsqu'il s'agit d'une maison ou d'une ferme, n'est pas tellement personnelle, que le preneur ne puisse pas se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages. On possède par son préposé comme par soi-même, et consentir à la prohibition de sous-louer, n'est pas aliéner la faculté de se choisir un représentant.[2] Mais, comme la fraude est ici fort voisine du droit, le bailleur a toujours le droit de prouver que la qualité conférée au tiers n'est qu'une ruse à l'effet d'éluder la prohibition.

1025. — La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée lorsque cette sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitimement contractée par le preneur. Ainsi, la vente d'un fonds de commerce est bien souvent inséparable à la cession du bail des

[1] Cass., 26 janv. 1812.
[2] Bordeaux, 11 juin 1826.

lieux dans lesquels ce commerce est exploité. Dans cette hypothèse, la cession est forcée, car, sans elle, la vente du commerce ne se réaliserait pas. Vouloir l'empêcher serait placer le commerçant dans l'impossibilité de cesser des affaires qui peuvent être fort onéreuses pour lui et le condamner à continuer une profession que ses convenances, son intérêt et sa position lui font un devoir d'abandonner.

Induire de l'acceptation de la prohibition de sous-louer la renonciation à la faculté de vendre, c'est donner à la clause du bail une extension que ne comportent ni la raison, ni la justice. Pourra-t-on jamais supposer, en effet, que dans l'unique but de se soustraire à cette prohibition, le locataire ira vendre son fonds, abandonner son industrie et renoncer ainsi aux occupations de toute sa vie. Concluons donc que la vente d'un fonds de commerce peut autoriser, malgré le bail, la cession de la location sans laquelle la vente serait ou impossible ou extrêmement onéreuse.

1026. — Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Duvergier. Rien, dit ce jurisconsulte, ne doit faire fléchir le principe de l'article 1717, la faculté de céder le bail n'est pas intimement liée à celle de vendre le fonds. Le fût-elle, on n'en devrait pas moins obéir à la défense expresse de céder le bail, fallût-il en induire la prohibition de vendre le fonds.[1]

[1] *Du Louage*, t. 1, n° 368.

1027. — Quelque rigoureuse que soit la prohibition de l'article 1717, elle ne nous paraît pas autoriser une pareille conséquence. Dans l'esprit du législateur, cette disposition n'a de portée que pour les cas ordinaires et qui se réalisent le plus souvent. Tant que le preneur restera ce qu'il était au moment du bail, et qu'il s'agira de lui substituer un tiers, ce qui lui permettrait d'aller faire ailleurs ce qu'il faisait dans les lieux loués, le bailleur sera fondé à s'opposer à la substitution, alors même qu'elle lui serait avantageuse. L'article 1717 n'admet plus qu'on exige un intérêt de la part du bailleur, il suffit que la prohibition ait été consentie pour qu'il puisse en réclamer le bénéfice et profiter de ses conséquences.

Conclure de là que le preneur s'est interdit la faculté de vendre son fonds de commerce, qu'il s'est privé de la faculté de sous-louer même dans l'éventualité de cette vente, c'est supposer que les parties ont eu en vue un événement fort éloigné de leur pensée actuelle et qui n'a dû frapper ni l'une ni l'autre ; et, dans tous les cas, si le bailleur y a songé, il eût dû s'en expliquer formellement. Son silence à l'acte prouverait qu'il n'a pas voulu, dans ses prévisions, aller au-delà de celles pour lesquelles l'article 1717 a été exclusivement édicté. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris.[1]

1028. — La jouissance conférée au locataire diffère

[1] 16 fév. 1822.

de celle du propriétaire, pouvant non-seulement user, mais encore abuser de sa chose. Elle doit, dès-lors, se restreindre dans des limites raisonnables et justes. C'est ce que la loi a exigé, en exprimant que l'administration du locataire devait être celle d'un bon père de famille.

Cette obligation entraîne, comme conséquence d'abord, de maintenir les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de leur délivrance.

Ce n'est pas que le preneur ne puisse jouir autrement que le propriétaire et opérer dans ce sens des changements à la localité. L'obligation de rendre, à la sortie, les lieux dans l'état qu'ils étaient à la rentrée, rend l'exercice de cette faculté sans inconvénients pour le bailleur. Il ne pourrait donc réclamer, à moins d'excès devant occasionner un préjudice permanent et durable.

1029. — Mais la faculté de modifier les lieux ne va pas jusqu'à permettre d'en changer la destination. Toute substitution dans ce sens, accomplie sans l'aveu et l'autorisation du bailleur, est une fraude donnant ouverture à l'action en résiliation, alors surtout que la destination nouvelle est dans le cas de déprécier les lieux, soit sous le rapport matériel, soit sous le rapport moral.

Ainsi on ne peut, dans une maison bourgeoise, établir un café ou cercle, moins encore un cabaret ou un lieu de prostitution. Convertir la maison en auberge ou l'auberge en maison, introduire une maison de jeux,

appeler enfin une profession bruyante ou incommode dans les lieux destinés à un débit de marchandises.

1030. — Le locataire d'un établissement industriel quelconque est de plus obligé de l'exploiter activement jusqu'à la fin du bail. L'interruption occasionnée, soit par la cessation de commerce, soit par le transfert de ce commerce dans une autre localité, donnerait lieu à la résiliation du bail et à des dommages-intérêts. L'allocation serait beaucoup plus sévèrement calculée dans le second cas que dans le premier. En effet, la cessation du commerçe peut tenir à des circonstances n'entachant en rien la bonne foi du preneur. Le second, au contraire, sera le plus souvent une spéculation sur la clientelle qu'on voudra contraindre de venir dans le nouvel établissement, la fermeture du premier les mettant dans l'impossibilité de continuer à s'y faire servir. On ne doit donc pas hésiter à reparer largement le préjudice qui en sera résulté pour le propriétaire des lieux abandonnés.

1031. — Faut-il, pour que la plainte en changement soit recevable, que la destination des lieux ait été spécialement indiquée dans l'acte de bail? Nous ne le pensons pas. Le mode de jouissance précédemment employé détermine ordinairement la destination ultérieure. C'est donc par les antécédents que doit se résoudre la difficulté. C'est aussi par la nature et la situation des lieux, car dans beaucoup de circonstances elles aide-

ront puissamment à fixer la destination qu'on prétendra avoir été changée.

1032. — La profession du locataire peut fournir un moyen puissant d'appréciation. Celui qui a pris dans l'acte la profession de négociant, qui a toujours exercé son commerce dans le lieu de son habitation, sera facilement présumé n'avoir loué que pour continuer son industrie. Le bailleur ne pourrait donc plus tard s'opposer aux changements à faire aux lieux loués pour les mettre en état de servir à leur nouvelle destination. Son silence dans l'acte de bail, en présence de la double circonstance que nous venons d'établir, ferait admettre qu'il a consenti à ces changements.

Mais il en serait autrement si l'industriel avait toujours exploité son commerce dans un lieu autre que celui qu'il habitait; peu importerait, dans cette hypothèse, que le preneur eût pris dans l'acte la qualité que son industrie lui donne. D'une part, la certitude qu'il exploitait son commerce séparement de son habitation; de l'autre, la destination antérieure des lieux, constamment affectés à l'habitation, ferait considérer comme un changement frauduleux l'introduction dans ces lieux de l'exercice de sa profession.

1033. — La dissimulation par le preneur de sa véritable qualité ferait résilier le bail, lorsqu'il est certain que la connaissance de cette qualité aurait empêché le propriétaire de le consentir. Ainsi il a été jugé que le preneur qui s'annonce comme négociant fait une décla-



ration mensongère devant entraîner l'annulation du bail, s'il dissimule qu'il est cabaretier et logeur.[1]

1034. — Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination devant autoriser le bailleur à faire résilier le bail?

La négative ne saurait être douteuse. L'exploitation n'est que la conséquence naturelle et légitime du bail. Elle doit nécessairement se placer au niveau des besoins du preneur. Elle suit donc la chance plus ou moins heureuse du commerce entrepris par lui. En conséquence elle ne saurait être gênée, alors qu'aucune limite n'a été stipulée dans l'acte.

C'est ce que la Cour de Grenoble a en quelque sorte reconnu par arrêt du 5 mars 1835, repoussant le prétendu changement de destination allégué par le bailleur.

Mais le même arrêt condamne le preneur à des dommages-intérêts à l'égard du bailleur, pour indemniser celui-ci du développement que l'exploitation avait reçue. Nous pensons avec M. Duvergier que cette solution ne se justifie en droit par aucun motif plausible.

Dans l'espèce de cet arrêt, une carrière de pierres moellons avait été donnée à bail. Longtemps avant le contrat, le projet d'agrandir la ville de Grenoble et d'en reculer les fortifications avait été conçu. Des plans avaient été dressés et le tout était soumis à l'approbation du gouvernement.

[1] Bordeaux, 1er mars 1828.

Postérieurement au bail, ce projet fut mis à exécution, et dès-lors des fournitures considérables furent faites par les fermiers de la carrière.

En cet état, réclamation du propriétaire. Il soutient que la réalisation de l'agrandissement de la ville est un fait imprévu, que l'exploitation à laquelle il donne lieu menace d'épuiser sa mine. Il demande qu'en vertu des articles 1769 et 1770, il soit indemnisé par les preneurs; que dans tous les cas, et à défaut de stipulation expresse, ceux-ci ne devaient jouir de la carrière que suivant la destination qu'elle a reçue; que cette destination devait être entendue des produits proportionnels au prix du bail; qu'en conséquence, extraire des produits plus considérables, c'était changer cette destination, puisque le preneur pourrait tout à coup appauvrir, si non épuiser une carrière ayant devant elle de longues années d'exploitation.

On répondait que les articles 1769 et 1770 ne concernaient que le preneur; que la réciprocité invoquée n'avait aucune base légale, ce que l'arrêt semble reconnaître tout en disant que la loi n'a pas exclu toute analogie.

La Cour ne voit pas non plus dans les moyens invoqués un changement de destination, mais elle y trouve une violation flagrante des accords intentionnellement convenus, et c'est sur cette violation qu'elle se fonde pour accorder des dommages-intérêts. Voici ses motifs :

« Attendu que, en affermant à Arnaud et Blandin le « droit d'exploiter leur carrière, Uet et Billioux n'ont « prévu, ni pu prévoir l'agrandissement de la ville et la



« confection d'une nouvelle enceinte de fortifications ;
« qu'il n'ont dû voir, ainsi que les preneurs, que le débit des pierres tel qu'il avait eu lieu précédemment « et pour les besoins habituels de la population, ce qui « est d'ailleurs démontré par le prix du bail, resté le « même que pour les baux antérieurs, tandis qu'il aurait subi une augmentation considérable si l'on avait « prévu l'événement des nouvelles fortifications ;

« Attendu que le projet d'agrandissement de la ville, « d'une nouvelle enceinte de remparts, bien qu'existant « à l'époque du contrat, était encore entouré de difficultés telles, que son ajournement, qui datait de plus « d'un siècle, ne pouvait présenter un terme assez prochain pour que ce projet eût été dans les prévisions « des parties. »

Il est possible, comme le dit la Cour de Grenoble, qu'il ne serait pas juste de laisser au preneur seul le bénéfice considérable qu'un événement imprévu est venu occasionner, mais cela signalerait tout au plus une lacune dans la loi, puisque le législateur, s'étant expliqué à l'égard du preneur par les articles 1769 et 1770, a omis ou refusé de le faire à l'endroit du bailleur. Or, cette lacune ne peut être comblée ni par le jurisconsulte, ni par le magistrat : *Dura lex, sed scripta*.

L'appel, fait par l'arrêt, à des considérations d'équité et de justice est donc sans portée réelle. Tout au plus accuserait-il la loi d'imprévoyance, en admettant que cet appel fût fondé dans l'espèce et qu'il s'y agît réellement d'un fait pouvant être considéré comme imprévu.

En droit, nous n'admettons pas, comme le fait l'ar-

rêt, ni que l'exploitation actuelle soit le terme que les parties contractantes aient imposé à l'administration future et surtout accepté; ni que l'importance de celle-ci doive toujours être proportionnée au prix du bail. La location d'une mine ou d'une carrière est une opération purement commerciale et participe, dès-lors, essentiellement aux chances aléatoires, inséparables de toute opération de ce genre. De là cette première conséquence, que le preneur court le risque d'une diminution plus ou moins considérable et qu'il doit, par réciprocité, profiter de l'augmentation dans l'exploitation actuelle.

Que le but du preneur soit de provoquer cette augmentation, c'est ce qui est positif comme l'évidence. En conséquence, il recherchera tous les débouchés nouveaux pour l'écoulement de ses produits, étendra ses relations, les portera au loin, profitera dans cet objet de sa position sociale, des moyens que sa fortune lui offrira. Or, c'est précisément tout cela que la doctrine de l'arrêt tend à lui interdire, condamnant ainsi l'industrie du preneur à une immobilité qui n'est ni dans la nature, ni dans l'essence du commerce.

Cette doctrine a, de plus, comme tout ce qui est arbitraire, le tort grave de ne comporter ni mode fixe d'applications, ni limites certaines. A quel point naîtra ou s'arrêtera l'obligation d'indemniser le propriétaire? Comment, d'ailleurs, calculer l'existence de l'augmentation dans l'exploitation; s'il est vrai que tel qui ne venait pas à l'usine y vient, il peut se faire que tel autre qui en tirait ses fournitures ait cessé d'en agir ainsi? C'est

donc une masse de difficultés, de chicanes plus ou moins insolubles, substituée à la règle simple et positive tracée par la loi.

D'ailleurs, si le preneur ne peut aller au-delà de l'exploitation actuelle, ne s'en suivra-t-il pas que le bailleur devra garantir ces limites? N'est-il pas juste que le premier, s'il ne peut s'enrichir, ne puisse pas au moins s'appauvrir. On lui permettra donc, toutes les fois que l'exploitation sera moindre, de solliciter soit une diminution proportionnelle sur le prix du bail, soit une indemnité. Comme on le voit, dans le système que nous combattons, l'aléa de l'opération commerciale retombera sur le locateur et non sur le locataire.

Mais, dit-on, il n'est pas rationnel de permettre au preneur d'appauvrir, sinon d'épuiser une mine ayant encore plusieurs années d'exploitation devant elle. Cette objection ne serait juste que si le fait ne pouvait être empêché par le preneur, et c'est ce qui n'existe pas. La loi permet au propriétaire de déterminer des limites à l'exploitation, dont il confère le droit à un tiers. Ainsi, l'acte de bail peut renfermer ces limites, empêcher qu'elles puissent être dépassées ou fixer une augmentation proportionnelle du prix du bail, augmentation qu'il sera facile d'établir par le cubage de la carrière. De quoi se plaindrait donc le bailleur, s'il a uniquement dépendu de lui d'éviter l'injustice contre laquelle il réclame. Est-il bien juste aussi de faire perdre à un individu une somme de 10,000 fr., parce qu'il a négligé de se procurer une preuve écrite soit du prêt, soit du dépôt qu'il en aurait fait? Et cependant on n'hési-

terait pas à repousser toutes ses réclamations. Pourquoi, lui dirait-on, ne vous êtes-vous pas procuré la seule preuve pouvant vous faire rentrer dans vos fonds. Or, ce qu'on objecterait avec raison au dépositant ou prêteur, on peut, on doit l'objecter au locateur, car, comme eux, il a dépendu de lui de créer la preuve d'une prétendue intention sur laquelle cependant il est resté muet au moment du contrat.

Ainsi, l'injustice du résultat qui décide M. Troplong à adhérer à la solution de la Cour de Grenoble, ne nous paraît nullement démontrée. Dans tous les cas, elle est due non à la fraude du preneur, mais à la négligence du bailleur : *Volenti non fit injuria.*

Nous ajoutons que, dans l'espèce de l'arrêt de Grenoble, il y avait d'autant plus lieu pour le preneur de s'expliquer au moment du contrat, que l'agrandissement de la ville et l'établissement de nouvelles fortifications étaient connus de tous. Il est vrai que la Cour rappelle que ce projet datait d'un siècle. Mais il s'exécutait en 1832, et le bail avait été consenti en 1829. Or, les formalités indispensables à cet accomplissement avaient dû, dès 1829, être poussées à un point tel que la réalisation du projet devait paraître imminente. Le silence du bailleur constituait donc une faute d'autant plus lourde.

1035. — La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux biens ruraux comme aux maisons de ville. Ainsi, le fermier ne peut, sans s'exposer à des dommages-intérêts et même à la résiliation du



bail, dessoler les terres, les surcharger, détruire les étangs, arracher les vignes, convertir les terres à blé ou les prairies en vignobles, changer les vignobles en terres labourables, substituer, enfin, une autre culture à celle antérieurement et usuellement pratiquée.

1036. — L'obligation pour le fermier d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire. Les fraudes qu'il pourrait commettre sont, en effet, de nature à altérer, au moins temporairement, la propriété elle-même. Ainsi, le défaut de culture, l'enlèvement des pailles ou engrais, la taille défectueuse de la vigne ou autres arbres, etc., sont dans le cas de survivre dans leurs effets au bail lui-même, conséquemment d'occasionner un préjudice au propriétaire, soit en diminuant les produits s'il les perçoit lui-même, soit en empêchant d'obtenir, d'un autre fermier, le prix qu'il aurait obtenu, si la propriété avait été en bon état. Tous actes tendant à ce résultat doivent donc être sévèrement réprimés.

1037. — Un devoir spécialement imposé au fermier d'un bien rural, est celui de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété confiée à ses soins; d'empêcher tout empiètement. La possession, si précieuse dans un procès, l'éloignement du propriétaire, pouvant ne se rendre que très rarement sur son domaine, ont fait édicter l'article 1768, d'après lequel le fermier doit avertir le propriétaire des usurpations qui

peuvent être commises sur le fonds, à peine de tous dépends, dommages et intérêts.

1038. — Le délai dans lequel cet avertissement doit être donné est celui des ajournements. Inùtilement aurait-on chargé le fermier d'avertir le propriétaire si on avait laissé le délai à son choix ou à ses caprices. Bientôt même la négligence s'en mêlant, l'avis arriverait après que, par l'expiration de l'année, la possession serait acquise à l'usurpateur, ce qui pourrait entraîner la perte de la propriété, si le propriétaire n'avait pas de titres ou s'il avait perdu ceux qu'il pourrait invoquer. Cette conséquence fait sentir toute l'importance de l'obligation imposée au fermier.

La loi ne trace aucune forme à l'accomplissement de cette obligation. L'usurpation peut être dénoncée au propriétaire soit par acte extraordinaire, soit par lettre, soit même oralement. Mais la prudence exige que, dans ces deux derniers cas, le fermier se procure la preuve écrite de sa diligence. Cette preuve résulterait de la déclaration signée par le propriétaire et constatant l'avertissement reçu.

1039. — A défaut de ces précautions ou faute d'avoir exécuté les prescriptions de l'article 1768, le fermier devrait être condamné à des dommages-intérêts. Évidemment, l'allocation de ces dommages devrait comprendre l'intégralité du préjudice occasionné par l'usurpation. Elle serait d'ailleurs plus sévère, suivant que le fermier aurait agi de bonne foi et par pure négli-

gence ou que son silence ne serait que le résultat de la collusion et de la connivence avec l'usurpateur.

1040. — Les fraudes du fermier revêtent quelquefois le caractère de délits. Ainsi, l'abbatage des arbres sans autorisation et contre le gré du propriétaire peut être poursuivi correctionnellement et puni des peines portées par l'article 446 du Code pénal. [1]

Le fermier qui enlèverait sur le fonds affermé des barrières ou partie de la clôture commet le délit de bris de clôture, s'il a agi frauduleusement ou de mauvaise foi. Dans le cas contraire, il ne pourrait être poursuivi criminellement, mais il pourrait l'être par la voie civile, à la requête du propriétaire fondé à exiger des dommages-intérêts.

L'enlèvement des capitaux morts ou vivants constitue, dans l'acception ordinaire du mot, un véritable vol, puisque l'auteur de cet enlèvement s'attribue sciemment et volontairement une chose qu'il sait appartenir à autrui. Cette soustraction, au mépris des droits du propriétaire, ne constitue pas cependant, aux yeux de la loi, un délit quelconque, soit parce que les capitaux confiés au fermier deviennent, en quelque sorte, sa propriété sous l'obligation d'en restituer, à la fin du bail, en même quantité, qualité et valeur; soit parce que la disparition de certains d'entre eux peut n'être que le résultat d'un fait indépendant du fermier,

[1] Carnot, sur l'art. 446; — Legraverend, tom. II, p. 380, note 8; — Metz, 1er août 1819; — Cass., 10 août 1833.

dont tout le tort consiste à ne pas avoir pourvu à leur remplacement. Dans ce dernier cas, il n'y a, à la charge du fermier, qu'une dette purement civile dont il répond sur toutes ses facultés.

1041. — Quoi qu'il en soit, l'enlèvement ou l'absence des capitaux morts ou vivants, dégarnissant la ferme des moyens indispensables à son exploitation, entraîne, en faveur du propriétaire contre le fermier, d'abord, l'action en résiliation du bail ; ensuite, celle en restitution et en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'absence plus ou moins prolongée des capitaux.

1042. — La première de ces actions a sa base dans la violation de l'obligation imposée au fermier de tenir la ferme garnie de tous les moyens utiles à son exploitation. L'enlèvement des capitaux ou l'impossibilité de les remplacer est ordinairement le précurseur d'un abandon de la culture. Il fait tout au moins prévoir une exploitation insuffisante.

Cela seul suffit pour justifier la demande en résiliation, indépendamment du caractère odieux d'un enlèvement. La demande du propriétaire ne saurait donc être repoussée.

1843. — L'action en restitution et en réparation du préjudice n'est que la conséquence de la résiliation. Celle-ci, entraînant la fin du bail, amène nécessairement les effets que l'expiration du terme stipulé fait

naître. Au nombre de ces effets, se place naturellement le remboursement de tout ce qui avait été livré par le propriétaire comme accessoire de la ferme.

1044. — La fin du bail détermine également le règlement de toutes les malfaçons reprochées au fermier et la réparation du préjudice en résultant. Cette réparation étant accordée à titre de dommages-intérêts, la contrainte par corps est facultative dans les limites et aux termes de l'article 126 du Code de procédure civile.

1045. — La même faculté est accordée au juge par l'article 2062, à l'égard de la restitution des capitaux manquants, à moins que le fermier ou le colon partiaire ne prouve que la perte ou le déficit ne procède point de son fait. Cette preuve est à la charge de l'un ou de l'autre. Pour le propriétaire, l'absence des capitaux fait présumer la fraude. Mais cette présomption cède devant la preuve du contraire, et cette preuve faite, il est procédé au règlement conformément aux règles tracées par les articles 1810 et 1827. A défaut de cette preuve, la contrainte par corps *peut* être prononcée, c'est-à-dire qu'elle est une faculté et non un devoir. La loi s'en réfère donc à l'appréciation souveraine du juge.

1046. — La principale obligation du preneur est de payer le prix stipulé. Nous nous en rapportons, quant à ce paiement, aux règles que nous avons tracées en parlant de la vente, règles parfaitement applicables au paiement des loyers. Nous dirons seulement que le simple

retard d'un terme n'autorise pas l'action en résiliation. Après beaucoup d'hésitations et de contradictions, la doctrine et la jurisprudence se sont réunies pour exiger que le retard soit au moins de deux termes.

1047. — Le privilége que le vendeur conserve sur la chose, repose pour le locateur sur les facultés mobilières du locataire. Pour que ce privilége puisse sortir à effet, il faut que les facultés qu'il grève se trouvent dans les lieux loués. De là l'obligation imposée par la loi au locataire de garnir la maison d'une manière convenable, proportionnée à sa fortune et à sa position. Toute fraude pour éluder cette obligation, le défaut de son accomplissement, motiverait la résiliation du bail.

1048. — L'exécution de cette obligation par le fermier d'un bien rural serait dans bien de cas insuffisante à couvrir l'intérêt du propriétaire. On sait d'une part quel est d'ordinaire le mobilier d'un cultivateur, et de l'autre que le prix de la ferme se règle par l'étendue de l'exploitation. Exiger que le premier pût valablement cautionner le second, c'eût été bien souvent rendre tout bail impossible.

Le fermier a donc rempli son obligation en transférant, dans la ferme, son mobilier quelque modeste qu'il soit. Mais là ne s'arrête pas le devoir qu'il doit remplir. Ainsi, avec le mobilier, il doit de plus garnir la ferme des instruments et ustensiles nécessaires à son exploitation, il doit de plus y engranger tous les fruits et récoltes recueillis sur la propriété.

Tout cela devient le gage du propriétaire. Celui-ci peut dont contraindre à sa réalisation, empêcher toute fraude, sous peine de dommages-intérêts ; et, à défaut de paiement de ceux-ci, demander et obtenir la résiliation du bail.

1049. — Le louage d'œuvres et d'industrie rentre dans les obligations de faire, soumises aux règles générales du droit. Conséquemment c'est par les principes généraux que nous avons exposés que doit être appréciée la fraude reprochée à l'une des parties. La fraude existe dès qu'il y a d'une part refus d'exécuter le marché. Le droit d'obtenir la résiliation serait une conséquence de ce refus.

1050. — Nous avons vu que l'action *ex conducto*, ouverte en faveur du locataire, avait pour résultat de lui permettre d'obtenir la mise en possession, *etiam manu militari*. Cela ne saurait être dans le louage d'œuvres et d'industrie. Comme la matière du contrat est un fait purement personnel à l'ouvrier, la résolution ne peut entraîner qu'une adjudication de dommages-intérêts. On connaît la maxime *nemo potest cogi ad factum*. Ces dommages-intérêts seraient dans ce cas calculés de manière à indemniser du préjudice éprouvé par le retard de livraison de l'ouvrage commandé, et à mettre la partie poursuivant la résiliation à même de se procureur ailleurs ce que l'autre partie ne veut plus accomplir.

Celle-ci devrait de plus restituer tout ce qu'elle a

reçu en avances sur le prix des travaux qu'il se refuse d'exécuter, ainsi que tous les matériaux qui lui auraient été confiés. La restitution de ceux-ci peut être exigée en nature, et, à défaut, le conducteur[1] autorisé à s'en remplacer aux frais du locateur.

1051. — Le locateur répond des vices de construction, de ceux des matériaux qu'il fournit et des malfaçons reprochées à son œuvre. Ce principe juste en lui-même ne saurait donner lieu à la moindre difficulté de droit, la certitude du fait en amenerait l'application immédiate.

1052. — Mais ce qui sera souvent contesté, c'est la recevabilité de l'action du conducteur, surtout si elle est intentée après l'acceptation et le paiment total ou partiel; le locateur soutiendra que les ouvrages ayant été ou pu être vérifiés avant l'acceptation, celle-ci l'a complètement déchargé de toute responsabilité, en plaçant l'ouvrage à la charge exclusive du conducteur.

1053. — La question de savoir quand il y a eu réception, et quels en sont les effets, offre donc un véritable intérêt. Il est évident que l'époque de la réception est et doit être fixée au moment de la livraison suivie soit du paiement, soit du règlement du prix. L'article 1791

[1] Nous adoptons entièrement la solution que M. Troplong tire des débats législatifs que la matière a subi. Nous appelons donc locateur, l'ouvrier, et conducteur, celui qui le paie. (V. Troplong, art. 1710, n° 64).



l'indique en décidant que la vérification est censée faite lorsque l'ouvrage, fait en plusieurs pièces ou à la mesure, peut être vérifié par parties, pour toutes les parties payées, si le maître paie en proportion de l'ouvrage fait. Remarquons qu'on ne doit pas confondre les à-comptes donnés à diverses reprises avec le paiement partiel dont parle l'article 1791. Celui-ci n'existe que lorsque la convention le stipule, ou bien lorsque les à-comptes payés, concordant avec une livraison partielle, représentent la valeur juste et réelle des objets livrés. Cette coïncidence serait mieux que la preuve de la convention, elle en serait l'exécution.

Voilà donc les caractères déterminant l'époque de l'acceptation. Quel est maintenant l'effet de celle-ci?

M. Troplong [1] pense qu'elle dégage l'ouvrier, non-seulement de la force majeure, mais encore de tout recours pour malfaçons, le Code civil ayant abrogé la prescription d'abord de trois ans, réduite plus tard à un an, que l'ancien droit avait créée en faveur du conducteur.

Mais, et M. Troplong l'enseigne lui-même, ce principe n'est pas et ne pouvait pas être absolu, il ne peut être sérieusement invoqué que par l'ouvrier ayant employé les matériaux que le conducteur a fournis. Dans l'hypothèse contraire, le locateur répond des matériaux qu'il a livrés, et des vices détruisant ou dégradant la chose livrée, même après la livraison.

C'était justice de le décider ainsi. L'ouvrage sortant

[1] *Du Louage*, art. 1791, n°s 988, 991.

des mains de l'ouvrier a toujours une apparence parfaite ; on a su dissimuler avec art les défauts de la matière, masquer les défectuosités qu'un usage va plus ou moins prochainement mettre à nu. Repousser les réclamations que cette découverte suscite, ne serait pas autre chose que décerner une prime d'encouragement au dol et à la fraude.

1054. — Dès-lors on doit conclure que l'ouvrier est déchargé par l'acceptation de la responsabilité pour tous les vices et défauts apparents, pouvant être facilement reconnus et constatés. Quant aux vices cachés, l'acceptation ne saurait influer sur les droits du conducteur parce qu'elle a précédé leur découverte, parce qu'elle a été dès-lors le résultat de l'erreur ; et que cette erreur a été inspirée par la fausse apparence que l'ouvrier a su donner à la chose. On ne manquera pas d'observer cette distinction toutes les fois qu'il s'agira d'un travail dont l'ouvrier a fourni la façon et la matière.

1055. — Si l'ouvrier n'a fourni que la façon, les vices de la matière ne peuvent lui être imputés, et ses conséquences restent pour le compte du conducteur. Mais les malfaçons imputables à l'ouvrier doivent être appréciées suivant la distinction que nous venons d'établir.

1056. — L'acceptation et le paiement ne pourraient être une fin de non-recevoir pour les architectes, entrepreneurs et autres ouvriers dont parlent les arti-

cles 1792 et 1799 du Code civil. Pour eux, la loi ayant limité la durée de la garantie, leur responsabilité ne cesse qu'avec l'expiration du délai que la loi fixe à dix ans.

SECTION V. — FRAUDES DANS LES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

1057. La société crée entre ses divers membres une espèce de communauté.
1058. Le partage du bénéfice est le but de la société. Conséquences.
1059. Toute infraction aux règles qui en découlent peut constituer une fraude.
1060. Consentement extorqué. Ses effets.
1061. Comment se règle l'association de fait qui a existé jusqu'à l'annulation, à l'égard des associés.
1062. A l'égard des tiers.
1063. *Quid*, en cas de faux ?
1064. Peut-on assimiler au faux l'abus d'un blanc-seing ?
1065. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui l'affranchirait de toute contribution aux pertes est de plein droit réputée frauduleuse.
1066. La nullité en résultant embrasse l'acte de société et non pas seulement la clause illicite.

1067. Comment devrait s'opérer le règlement des opérations faites jusqu'à l'annulation.

1068. L'égalité entre associés obéit à d'autres principes que ceux régissant les cohéritiers.

1069. C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la contribution aux pertes. Conséquences pour l'associé purement industriel.

1070. Autre exception à la prohibition de n'être pas tenu de sa part dans les dettes.

1071. Dans quels cas la participation aux bénéfices, réservée par le créancier, constituera-t-elle une usure déguisée.

1072. Arrêt de la Cour de cassation.

1073. Prétendue anomalie entre l'assurance du bénéfice permise entre associés et prohibée aux créanciers. Motifs de la différence.

1074. L'assurance du bénéfice entre associé n'est valable que si elle est sérieuse et sincère.

1075. Obligations pour chaque associé de verser sa mise.

1076. Effets du refus ou du retard.

1077. Nature et étendue de l'obligation de l'associé industriel.

1078. Effets du refus ou du retard.

1079. L'industrie promise à la société devient, du jour de la constitution de celle-ci, la chose commune. Conséquences.

1080. Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

1081. Discussion au conseil d'état sur ce qu'on doit entendre par faute.

1082. Conséquence à déduire de cette discussion.

1083. Effet de la fraude. En quoi elle consiste.

1084. Quand devra-t-on l'admettre?

1085. La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie, non pas sur l'ensemble des opérations, mais relativement à chacune d'elles.

1086. Effet respectif de l'une et de l'autre sur la durée de la société.

1057. — La société est définie par la loi : un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.[1]

La société crée donc, entre ses divers membres, une véritable communauté. Ce qui la distingue des précédentes, c'est qu'elle résulte d'un pur consentement ; c'est qu'elle suppose une réciprocité de besoin et de confiance ; c'est qu'elle est limitée dans sa durée, et qu'on ne peut devancer le terme de sa dissolution.

1058. — Le partage du bénéfice étant le but essentiel de la société, c'est à en acquérir le plus possible que doivent tendre les efforts communs. Il en résulte que l'administration de la chose commune doit être marquée au coin de la plus scrupuleuse, de la plus fidèle exactitude, et exclure toute idée de profit exclusif et personnel ; que dans le partage les proportions légalement stipulées doivent être religieusement observées.

1059. — Toute infraction à ces règles est susceptible de constituer une fraude. Or, l'existence de cette infraction peut être remarquée : à l'origine même de la société dont elle vicie le titre ; dans l'administration

[1] Art. 1832, Cod. civ.

qu'on détournera de son objet essentiel à l'effet de la rendre pour l'un la source d'un bénéfice illégitime, pour l'autre, une cause de ruine; enfin dans la répartition après dissolution.

Ces diverses éventualités tracent le cercle de nos observations. Leur objet doit être de constater dans chacune de ces périodes les caractères constitutifs de la fraude et ses effets.

1060. — Le contrat de société est essentiellement consensuel. Il faut donc, pour qu'il soit valablement souscrit, que la partie ait agi dans la plénitude de son intelligence; que sa volonté ait été spontanée et libre. En conséquence, si le consentement dont on se prévaut émane d'un incapable, s'il a été surpris par le dol ou la fraude, s'il a été arraché par la violence, le contrat manque d'une des conditions essentielles : *Colorem habet, substantiam vero nullam.*

On doit donc l'annuler sur la poursuite de la partie intéressée. Mais cette poursuite peut n'être exercée qu'après la mise en mouvement de la société, lorsque le vice n'aura été découvert qu'après cette époque. Dans ce cas, la nullité peut n'être qu'un remède inefficace, car son existence, tout en rendant la société impossible dans l'avenir, n'empêchera pas qu'elle n'ait existé pour le passé; et cette société de fait déterminera inévitablement la nécessité de procéder au règlement des opérations accomplies jusqu'à sa dissolution.

1061. — Relativement à l'associé, les bases de ce



règlement sont fort simples. L'auteur du dol, de la fraude ou de la violence n'a aucun recours à exercer contre sa victime. Par rapport à lui, toutes les affaires lui demeurent personnelles, il doit en subir les effets, en supporter les pertes. Pour lui, en un mot, la nullité rétroagit jusqu'à l'origine même de la société.

Par une déduction logique de cette règle, il devrait en outre restituer la mise de fonds versée par le demandeur en nullité, ou l'idemniser jusqu'à due concurrence. Il serait encore condamné à le relever et garantir des recherches que les tiers seraient dans le cas d'exercer.

1062. — A l'endroit de ceux-ci, en effet, le demandeur en nullité ne saurait décliner la responsabilité résultant des traités qu'ils auraient faits avec la société apparente. Il suffit qu'une société de fait ait existé, et qu'un engagement ait été souscrit du nom social, pour que le porteur ait qualité et droit de recourir contre chacun des associés désignés par le pacte social. Rappelons-nous cette proposition de Pothier : un consentement, quoique surpris, n'en est pas moins un consentement obligatoire, tant qu'il n'est pas rétracté. Comment, en effet, exiger que les tiers fussent plus clairvoyants que la partie et qu'ils soupçonnassent une fraude qu'elle a elle-même ignorée? C'est cependant ce qu'on leur demanderait si on leur refusait de faire valoir toutes les garanties sous la foi desquelles ils ont traité.

Sans doute celui que le dol ou la fraude a égaré est



malheureux ; mais il n'en a pas moins coopéré à donner à l'acte cette apparence que les tiers pouvaient et devaient seule consulter, il a le tort de s'être laissé circonvenir. Que, sur sa réclamation, ce tort n'apporte aucun obstacle à la nullité de ses engagements, c'est justice, mais ce qui ne serait pas juste, c'est qu'il autorisât la perte des droits loyalement acquis par des tiers qui y sont demeurés complètement étrangers.

1063. — Ainsi le principe de la responsabilité, en faveur des tiers, réside dans le concours purement matériel, donné à l'acte par celui qui se prétend trompé. De là cette conséquence que si en fait ce concours ne s'est pas réalisé, le prétendu associé n'est tenu de rien, même à l'égard des tiers. Telle serait la position de celui dont la signature apposée à l'acte ne serait que le produit d'un faux matériel.

1064. — Devrait-on assimiler au faux l'abus d'un blanc-seing, au-dessus duquel on aurait inscrit un contrat de société? Alors surtout que le blanc-seing aurait été confié dans un objet déterminé?

L'affirmative a été adoptée par la Cour de Paris, le 7 février 1824. Mais cet arrêt, que l'espèce sur laquelle il est intervenu peut jusqu'à un certain point justifier, nous paraît, en pur droit, s'écarter des véritables principes.

Pourquoi, dans l'hypothèse d'un faux matériel, refuse-t-on tout recours au tiers? D'abord, parce qu'en fait, la signature n'émane réellement pas de celui à qui on

l'attribue ; secondement, parce que la contrefaçon de la signature est un fait de force majeure que la partie intéressée n'a pu ni prévoir, ni surtout empêcher. Une responsabilité quelconque serait donc, en ce qui la concerne, un effet sans cause, c'est-à-dire une énorme injustice.

Est-ce là la position de celui qui livre un blanc-seing? Evidemment non, car la remise qu'il en fait est toute volontaire de sa part, et prouve la confiance illimitée accordée à celui qui la reçoit. Conséquemment, si ce dernier n'en est pas digne, ou mieux s'il en abuse déloyalement, c'est sans doute un malheur, mais il pouvait être prévu et empêché. Le déposant s'est donc trompé, mais le tiers n'a pu avoir la prescience de l'abus dont il a à se plaindre, et, s'il souffre lui-même de cet abus, il doit être recevable à obtenir l'indemnité qui lui est due, même de celui dont l'imprudence a seule rendu un préjudice possible.

On connaît la belle expression d'un de nos anciens jurisconsultes : Il n'y a pas à hésiter entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Or, évidemment, le déposant s'est trompé, en accordant sa confiance à qui ne la méritait pas. Le tiers, au contraire, n'a fait foi qu'à ce qui commandait sa confiance, à la sincérité de la signature. Comment donc repousser la réparation qu'il solliciterait?

Il est une analogie qui nous paraît justifier notre opinion. L'article 2279 permet de revendiquer les meubles volés; de là la question de savoir si l'abus de confiance, la violation de dépôt, l'escroquerie étaient,

par rapport à la revendication, assimilables au vol? La négative a été consacrée par la Cour de cassation, dans l'arrêt que nous avons déjà cité.[1]

Ce qui crée, aux yeux de la Cour suprême, une différence entre le vol et ces derniers délits, c'est que, dans le premier, il y a nécessairement soustraction opérée à l'insu du propriétaire, tandis que, dans les autres, il y a remise volontaire, et que cette remise, quel qu'en soit le titre, donne au réceptionnaire la possibilité de disposer ultérieurement de ce qui en fait la matière. La même différence, se remarquant dans notre hypothèse, motive la solution que nous indiquons. Le faux n'entraîne aucune responsabilité, parce qu'il est le produit d'une voie de fait étrangère, inconnue à celui dont on a contrefait la signature ou l'écriture; parce qu'en fait l'altération de l'une ou de l'autre ne peut faire que celui-ci ait jamais concouru à l'acte : l'abus de blanc-seing oblige envers les tiers, parce que l'existence apparente d'une société régulière est la conséquence d'un acte spontané et volontaire; parce que si quelqu'un doit répondre des effets d'une confiance imméritée, c'est uniquement celui qui l'a imprudemment accordée.

1065. — La loi considère comme frauduleuse la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui affranchirait, de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds

[1] Vid. *supra*, n° 292.

de la société par un ou plusieurs associés. L'acte social, vicié par une de ces stipulations, devrait être annulé aux termes de l'article 1855 du Code civil.

Une clause de ce genre ferait perdre à la société son caractère essentiel. Une réciprocité d'obligation appelle une réciprocité de droits. Grever l'un au bénéfice de l'autre, c'est méconnaître les sentiments et les devoirs imposés par l'association.[1]

Sans doute dans celle-ci, comme dans tous les autres contrats, chaque partie doit, avant tout, surveiller ses propres intérêts; mais il est juste, comme l'observe M. Troplong, que cet intérêt ait un modérateur dans l'égalité, faisant le principe de toute communion, et sans laquelle la société elle-même ne serait plus qu'un monopole au profit du plus fort ou du plus audacieux, et constituerait cette combinaison que toutes les législations ont flétrie du nom de *pacte léonien* et sévèrement condamnée.

Il n'y a donc pas société dans le contrat renfermant une des clauses prohibées par l'article 1855. Conséquemment, la partie intéressée pourrait toujours en faire prononcer la nullité.

1066. — On a agité la question de savoir si cette nullité ne s'applique qu'à la clause illicite ou si elle atteindrait la société elle-même. M. Delvincourt professe le premier avis. La société, dit-il, serait valable, seu-

[1] *Cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat*. L. 6, Dig. *pro Socio*.

lement, le contrat ne renfermant alors aucune stipulation relative au règlement des parts dans les bénéfices et les pertes, les parties devraient se conformer, à cet égard, à l'article 1853.

Mais cette opinion nous paraît difficile à justifier en droit. La loi pouvait suppléer au silence gardé par les parties sur le mode de répartition des bénéfices ou pertes, et c'est dans ce but qu'elle a édicté l'article 1853. Mais lorsque ce mode a été déterminé, comment admettre que le législateur puisse en imposer un tout différent. De deux choses l'une : ou les parties ont légalement usé d'un droit, et leur convention doit être validée, ou la convention est illégale, et viole l'essence du contrat de société, et alors il est vrai de dire qu'il n'y a pas de contrat. C'est ce qu'exprimait ce texte d'Ulpien : *Societatem coiri non posse, et nos consentimus talem societatem nullam esse.* [1] Cette opinion est celle la plus généralement adoptée par la doctrine. [2]

1067. — La nullité affecterait donc la société en lui enlevant toute existence future. Elle l'affecterait de plus dans son passé en ce sens que les bénéfices ou pertes déjà réalisés ne pourraient être répartis conformément aux accords illégaux des parties. Il y aurait donc lieu de recourir au mode prescrit par l'article 1853. Qu'on ne dise pas que nous reconnaissons

[1] L. 29, § 2, Dig. *pro Socio.*

[2] Voy. Dalloz A., v° *société*, p. 92, n° 10; — Duranton, tom. XVII, n° 422; — Duvergier, n°s 103 et 277; — Troplong, tom. II, p. 159, n° 662.

au législateur la faculté que nous lui contestions tout à l'heure; il n'y a aucune similitude entre grever l'avenir et régler le passé. Ce qui, dans cette dernière hypothèse, justifie l'intervention du législateur, c'est, d'une part, la violation de sa volonté devant laquelle on n'a pas reculé; c'est, ensuite, qu'annuler la convention comme illicite et en permettre l'exécution, c'eût été tomber dans la plus absurde contradiction : *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Donc, puisque, par le fait, il y a des opérations à régler, puisque les dispositions arrêtées à cet effet sont illégales et nulles, les parties sont comme si elles n'avaient rien fait à cet égard, et l'article 1853 devient l'arbitre nécessaire de leur intérêt respectif.

1068. — Au reste, l'égalité que la loi exige en matiére de société obéit à de tout autres principes que celle prescrite entre cohéritiers ou entre époux. Ce qui est prohibé, c'est qu'un associé gagne ou perde tout, et l'autre rien. Mais, hors de là, rien ne s'oppose à ce que les bénéfices ou les pertes soient inégalement répartis.

Cette inégalité est le plus souvent une conséquence soit de la différence de l'apport, soit du plus ou moins d'utilité que la société doit retirer du concours personnel de tel associé. Il est juste que celui qui s'expose à perdre plus ou qui assurera à la société une plus grande somme de bénéfices soit plus largement récompensé. La loi s'en réfère, sur ce point, à l'intérêt contradictoire des parties, elle consacre les proportions qu'elles jugent utiles de créer, pourvu que leur règle-

ment ne soit pas le résultat du dol ou de la fraude, pourvu surtout qu'il n'atteigne pas indirectement le but que l'article 1855 a voulu proscrire.

1069. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la proportionalité dans les pertes. Cela s'induit du texte formel de l'article 1855. Il résulte de là que, sans violer cet article, l'associé, n'ayant d'autre mise que son industrie, peut être dispensé de toute contribution aux pertes. L'associé de ce genre ne retire jamais de la société d'autre avantage que sa part des bénéfices représentant le salaire de son industrie. Conséquemment, les pertes qui diminuent ou absorbent ce bénéfice sont réellement à sa charge. Il est évident que, ne retirant rien ou qu'en ne recevant qu'une part moindre, il perd le fruit de son industrie en tout ou en partie.

Cette perte a paru suffire aux yeux du législateur, et voilà pourquoi on a admis que cet associé pourrait être dispensé de contribuer aux pertes d'une manière plus effective. Ce résultat ne ressemble en rien à celui que la loi annule. Il y a, en effet, une différence immense entre celui qui perd au moins les fruits de son industrie et l'associé, dont la mise consistant en une somme d'argent, aurait stipulé la reprise intégrale de cette mise, quelles que soient les pertes éprouvées.

Sous un autre point vue, la position de l'associé n'apportant que son industrie se justifie parfaitement. On considère comme licite la clause par laquelle l'associé bailleur de fonds stipule qu'il ne sera pas tenu des pertes au-delà de sa mise. Or, dans l'hypothèse que nous



examinons, l'associé pour l'industrie ne fait pas autre chose. Sa mise n'étant que les produits de son travail, il peut, au même titre, stipuler qu'il ne perdra jamais au-delà de sa mise.

1070. — Il est une seconde hypothèse dans laquelle un associé est de plein droit affranchi de toute contribution aux pertes. Un capitaliste avance de fonds à une société, et, en représentation des intérêts auxquels il aurait droit, il stipule une part quelconque dans les bénéfices. Cette clause constitue, quant à ces derniers, une véritable société, dans laquelle l'unique chance pour le capitaliste est de ne recevoir aucun bénéfice, s'il n'en a pas été réalisé.

La perte excédant des opérations lui demeurerait étrangère. La seule pour laquelle il contribuerait réellement serait celle des intérêts que son capital aurait produit, s'il n'avait pas souscrit la société et stipulé une part dans les bénéfices.

1071. — Mais une pareille stipulation peut n'être qu'une fraude déguisée, qu'un moyen de masquer une usure, surtout si, indépendamment d'une part dans les bénéfices, le capitaliste avait stipulé l'intérêt de son argent au taux légal. Il importe donc de rechercher à quelles conditions on pourra reconnaître l'existence de la fraude.

En principe, le bailleur de fonds peut cumuler l'intérêt des sommes qu'il verse et une part déterminée dans les bénéfices. C'est même là le leurre habilement

offert aux capitalistes, qui devraient cependant savoir, comme le leur conseille M. Troplong, que leurs capitaux ne sont nullement garantis et que, bien souvent aussi, ce sont ces mêmes capitaux qui sont frauduleusement employés à servir les intérêts promis. [1]

Quoi qu'il en soit, la légalité de ce cumul n'est pas même contestée. Les chances auxquelles le capital est abandonné, l'incertitude des bénéfices compensent et excusent ce qui, dans la réception des intérêts et des bénéfices, excèderait le taux légal des premiers.

Il faut donc de toute nécessité, quant aux bénéfices surtout, que leur perception suive le sort des opérations commerciales auxquelles le prêteur consent à s'associer. Si la participation aux bénéfices est soustraite à cette chance, si elle consiste dans une somme déterminée au moment de l'acte, quels que soient les événements ultérieurs, il n'y aurait plus qu'un simple prêt, et le cumul des intérêts et des prétendus bénéfices constituerait une usure frauduleuse. [2]

Ainsi, la condition essentielle à fixer est le plus ou moins de certitude, pour le prêteur, dans les bénéfices dont il stipule une part. Cette part déterminée, si les parties en font dépendre le chiffre des événements aléatoires du commerce, il y a société et, conséquemment, légalité du cumul. Si, au contraire, après avoir arrêté la quotité du bénéfice accordée, les parties la traduisent immédiatement en un chiffre dès-lors invariable, il y a

[1] Tom. II, p. 110, n° 642.
[2] Malepeyre et Jourdain, *des Sociétés*, ch. 3, p. 20.

prêt et prêt usuraire. La stipulation relativement aux bénéfices n'est plus que le moyen de se soustraire aux prohibitions de dépasser le taux d'intérêt voulu par la loi.

1072. — C'est ce mode d'appréciation auquel s'est arrêtée la Cour de cassation. Un sieur de Massilian prêtait, en 1825, une somme de 60,000 fr. à la société Ardaillon, Bessy et Comp., qui devait les appliquer à la création de hauts fourneaux. Il fut stipulé que les intérêts au taux de six pour cent seraient payables de six en six mois; on convint, en outre, qu'à partir du 1er janvier 1827, époque à laquelle les hauts fourneaux pourraient être mis en activité; le prêteur aurait droit à une portion des bénéfices sociaux, qui fut presque aussitôt fixée à 21,600 fr., pour lesquels des billets furent souscrits.

Plus tard, et sur les poursuites du créancier, la société soutint que les billets contenaient une usure déguisée sous le couvert d'une association. Elle en demande, en conséquence, la nullité.

Un arrêt de la Cour de Paris repoussa cette demande et maintint la créance. « Considérant, dit cet arrêt, qu'il résulte des pièces du procès, des faits et circonstances de la cause, que les six billets de 3,600 fr. chacun présentaient la part accordée au créancier dans les bénéfices que devaient procurer les hauts fourneaux, construits avec les fonds fournis par lui, laquelle part avait été réglée à forfait entre les parties;

« Considérant que la stipulation librement faite de



cette part des bénéfices, indépendamment de l'intérêt légal de la somme prêtée, n'a rien que de licite, surtout dans le commerce, et qu'on ne saurait y voir le prêt usuraire prohibé par la loi. »

Mais cet arrêt, déféré à la Cour suprême, a été cassé le 17 avril 1837. La Cour décide, en principe, que la stipulation d'un règlement à forfait de la part des bénéfices ne saurait constituer une association; que, dès lors, se rattachant à un acte de prêt, pour lequel les intérêts légaux sont convenus, elle ne constitue qu'une usure déguisée, dont les tribunaux doivent annuler les effets. [1]

1073. — On pourrait objecter que la détermination à forfait d'une somme représentant la quotité du bénéfice allouée n'a en elle-même rien d'illicite. Elle ne constitue, en effet, que la vente d'un gain futur et espéré; et cette vente, que les théologiens qualifiaient d'*Assurance du bénéfice*, est incontestablement permise à l'associé. [2] Pourquoi donc la prohiberait-on dans l'association bornée aux bénéfices?

La réponse à cette objection et la raison de la différence réelle qu'elle signale se puisent dans la position respective de l'associé ordinaire et du bailleur de fonds.

Pour l'associé, le pacte n'est valable qu'en tant que l'assurance ne porte que sur le bénéfice et laisse complètement en dehors le capital par lui versé dans la so-

[1] D. P., 37, 1, 303.
[2] Troplong, tom. II, pag. 105, n° 638.



ciété. Conséquemment le contrat peut bien, en ce qui le concerne, diminuer la perte, mais ne l'exonère jamais en totalité de la proportion à laquelle il est tenu, puisque son capital contribuera toujours à cette perte. La qualité d'associé, qui se puise dans la nécessité de cette contribution, continue donc d'exister, quel que soit le mode convenu de sa participation au bénéfice. La vente qu'il fait de sa part, moyennant une somme déterminée n'est donc qu'un contrat aléatoire, qu'un calcul des probabilités que l'acheteur a de son côté consultées. Elle ne viole donc aucun des principes, aucune des règles essentielles de la société. On pourrait d'autant moins la considérer comme un pacte léonien, que si le vendeur est dans le cas de gagner, il est également exposé à y perdre. En effet, les opérations commerciales peuvent produire des bénéfices tels que la somme qu'il a stipulée soit en dessous de celle qu'il aurait réellement touchée.

Le prêteur, au contraire, qui exige le remboursement intégral des avances qu'il fait et le paiement annuel des intérêts, ne se donne certes pas la qualité d'associé. Non-seulement il ne contribuera pas aux pertes, mais encore il retire de son capital tout le produit qu'il doit ordinairement produire.

Cependant cette qualité d'associé il peut la prendre, puisque, par une faveur bien entendue, on lui permet de stipuler, outre les intérêts, une part convenue dans les bénéfices. Mais cette qualité ne lui sera acquise que si les droits qu'elle lui confère restent soumis aux chances commerciales; qu'autant qu'il demeure tenu des

pertes, en ce sens que, celle-ci se réalisant, il ne touchera aucun bénéfice, ou qu'il n'aura qu'une part réduite.

Dés-lors, s'il ne veut pas même se soumettre à cet aléa; si le bénéfice lui est alloué, quoi qu'il arrive, il n'a jamais eu la qualité d'associé. Le contrat, quant à la part dans les bénéfices, ne peut être considéré que comme une conséquence, que comme une condition du prêt lui-même, et, conséquemment, que comme une usure déguisée. Dans tous les cas, il ne pourrait produire aucun effet, car il constituerait tout au moins la société léonienne proscrite par la loi.

Au reste, en cette matière, la fraude est très facile, et cette facilité avait longtemps fait hésiter la jurisprudence ancienne sur la légalité de l'assurance du bénéfice. Pothier ne l'admettait qu'à la condition que le contrat n'interviendrait pas dans un temps voisin de la constitution de la société, afin qu'on ne pût soupçonner qu'il était la conséquence d'un pacte secret opposé à la convention, pour arriver au prêt à intérêt.[1]

Ce motif a perdu son autorité depuis que le prêt à intérêt a trouvé place dans la législation qui nous régit. Conséquemment l'associé peut consentir l'abonnement à forfait de sa part du bénéfice dans l'acte social lui-même. Mais cet abonnement n'est licite qu'autant qu'il y a société, c'est-à-dire qu'autant que le capital reste exposé aux chances de pertes. Le prêteur qui exigerait le remboursement du capital et le paiement des intérêts

[1] N° 27.

ne pourrait donc l'obtenir sans se livrer à une usure que les tribunaux réprimeraient.

1074. — Pour l'associé lui-même, la légitimité du pacte que nous examinons est subordonnée à sa sincérité. Ce que la loi autorise, c'est un contrat sérieux, offrant aux parties une chance aléatoire qui en fait l'élément essentiel. L'absence de cet élément vicierait donc le contrat.

C'est ce qui se réaliserait si le vendeur, n'ayant d'autre but que d'éluder la prohibition de l'article 1855, avait fait souscrire à son associé une convention lui assurant la totalité du bénéfice; l'appréciation de cette fraude est laissée à la prudence du juge. Mais on n'hésiterait pas à l'admettre si la somme stipulée pour prix de l'abonnement était telle qu'en la rapprochant de la nature et de l'importance de la société, il serait évident qu'elle comprend, ou à peu de chose près, l'universalité du bénéfice que les parties ont pu raisonnablement prévoir et espérer.

1075. — La société régulièrement constituée impose à chaque associé des devoirs qu'il ne pourrait enfreindre sans exposer sa responsabilité. Le premier de ces devoirs consiste dans le versement de sa mise au temps convenu dans le contrat.

1076. — Le refus de ce versement motiverait la dissolution de la société, avec obligation de réparer le préjudice pouvant en résulter. Nous rentrons ici dans

l'application des principes généraux sur l'inexécution des contrats. Dans l'espèce, les dommages-intérêts seraient plus ou moins importants, suivant que le refus aurait pour cause l'impuissance ou la mauvaise foi, c'est-à-dire la faute ou le dol.

Le retard dans le versement fait de plein droit courir les intérêts. Cette dérogation au droit commun se justifie par les principes spéciaux des sociétés. L'associé, profitant, jusqu'à concurrence de son émolument, des opérations faites avec les fonds versés par ses coassociés, ne pouvait être autorisé à retenir exclusivement les intérêts des sommes dont il est lui-même débiteur au fonds capital et qu'il détient au mépris d'un engagement formel. Il y a donc équité à le contraindre à rapporter ces intérêts à la masse commune.

Mais là ne se borne pas la peine du retard. Le but de la société étant de se livrer à des opérations dans l'intérêt de tous, chaque associé s'oblige à concourir à ce but et demeure garant du préjudice que son manque de foi a entraîné. Conséquemment, si le retard qu'il a mis à s'exécuter a privé la société de la possibilité de faire une opération avantageuse, il pourra être condamné à l'indemniser d'une perte dont il est seul l'auteur.

1077. — L'associé qui n'a d'autre mise de fonds que son industrie, doit consacrer cette industrie aux affaires sociales. C'est là son apport, en échange duquel il doit recevoir une part dans les bénéfices. Il doit donc le réaliser au même titre que les autres associés.

1078. — Les conséquences du refus ou du retard qu'il mettrait à s'exécuter seraient celles que nous venons d'exposer pour l'associé devant verser un capital quelconque. Elles pourraient même être plus sévèrement appréciées. En effet, son concours peut être tellement indispensable, que sans lui l'opération ne puisse être réalisée. On peut suppléer par le crédit à un besoin d'argent; on ne supplée jamais aux connaissances spéciales dont l'exploitation est devenue la matière de la société.

Dans un cas comme dans l'autre, une réparation pécuniaire devrait accompagner la résolution du contrat, à moins, toutefois, que le refus ou le retard ne pût être imputé à la volonté de son auteur. C'est ce qui se réaliserait dans le cas, par exemple, où l'associé n'aurait été empêché que par un état de maladie légalement constaté. Nul n'étant tenu de la force majeure, la résolution, si elle était demandée, pourrait être prononcée, mais sans aucuns dommages-intérêts.

1079. — L'industrie promise à la société devient, à partir de sa constitution définitive, la chose commune à tous les associés. C'est ce qu'exprime formellement l'article 1847, en disposant que tous les gains que cette industrie a produits doivent être rapportés à la masse commune.

Il résulte de là que l'associé s'est, par le fait seul de l'association, interdit d'exploiter soit pour autrui, soit pour son compte personnel, l'industrie qu'il s'est engagé de consacrer à la société. Cette prohibition n'est

que l'effet naturel et juste de l'association. Tant qu'elle existe, la disposition de tout l'apport, et notamment celle de l'industrie qui en fait l'objet, n'appartient plus à tel ou à tel associé ; elle est exclusivement attribuée au corps moral, à la société elle-même. Elle ne peut donc plus être exploitée que dans son intérêt. L'obligation de lui tenir compte des gains même d'une exploitation illicite assure l'effet de la prohibition, en rendant la première sans intérêt pour celui qui oserait se la permettre.

Mais l'effet de cette prohibition se concentre sur l'industrie promise à la société. Conséquemment, si l'associé en avait une seconde, il pourrait continuer de l'exploiter pour son profit personnel. Cette faculté est cependant subordonnée à cette condition, que son exercice n'occasionnerait aucune atteinte à ses devoirs sociaux. Il ne faudrait pas, en effet, que l'une fît oublier ou négliger l'autre. Une conduite de ce genre constituerait une fraude dont il serait dû réparation.

1080. — L'administration du fonds commun doit être dirigée dans l'intérêt exclusif de la société. C'est dans ce sens que l'article 1850 déclare chaque associé tenu, envers l'être moral qui les personnifie, des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

1081. — Dans la discussion au conseil d'État, M. Lacuée fit remarquer que le mot *faute* était trop vague. On pourrait, disait-il, en abuser pour rendre l'associé

responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe.

MM. Treilhard et Berlier répondirent : que les tribunaux sauraient faire la distinction que réclame la justice ; que la loi ne pouvait que s'en rapporter à eux ; vainement elle entreprendrait de spécifier tous les cas de responsabilité ; des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un malheur et non une faute ; tout cela doit être décidé *ex æquo et bono;* l'expression employée n'y fait pas obstacle, et il est d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à la fois plus précis et moins dangereux. [1]

1082. — Il importait de rappeler cette discussion, car elle a le mérite de bien définir la pensée du législateur et de déterminer le sens précis des termes qui la manifestent. La volonté de la loi se résume dans cette doctrine de Pothier : Chaque associé n'est tenu que de la faute ordinaire et non de la faute la plus légère. On ne peut exiger de lui que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires, s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont, dans leurs affaires, les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui. [2]

Ainsi, les obligations d'un associé vis-à-vis la société sont celles d'un bon père de famille, ce qui signifie qu'il

[1] Procès-verbal du 5 janvier 1804, n° 18.
[2] *Contrat de société*, n° 24.

est responsable non pas de la faute lourde seulement, mais encore de la faute légère. Il n'y a que la faute très légère pour laquelle on ne saurait le rechercher. [1]

1083. — En présence de ce résultat, il semblerait inutile de se préoccuper de la fraude. Celle-ci n'est, en effet, que la faute portée à son plus haut degré de gravité. Il y a donc un *à fortiori* incontestable pour la responsabilité de celui qui est tenu de la faute légère; mais si la fraude n'a que peu d'influence quant au principe de l'obligation, elle en exerce une puissante sur son application. Les dommages-intérêts prononcés à son occasion se calculent autrement que ceux encourus pour une simple faute. Il convient donc de rechercher ce qui la caractérise.

La fraude, comme la faute, réside dans un fait ayant occasionné un préjudice. Mais celle-ci peut être involontaire, la fraude jamais. Sans doute elle n'exige pas que l'intention mauvaise ait été préméditée; il suffit, il faut même que cette intention ait existé au moment de la consommation de l'acte préjudiciable, car si l'acte a été accompli de bonne foi, il peut constituer une faute, mais bien évidemment on ne pourrait y rencontrer une fraude.

Cette distinction est utile et sert à résoudre les difficultés que la qualification du fait peut faire naître. Il y aura faute, si ce fait est involontaire; il y aura fraude,

[1] Troplong, art. 1850, n° 576.

s'il n'est que le produit d'une volonté évidente et certaine.

1084. — Or cette volonté est légalement présumée lorsque le fait est de telle nature qu'on ne peut lui prêter un autre mobile. Ainsi, qu'un administrateur ou qu'un gérant omette de faire une opération qui eût procuré de grands bénéfices, ce peut être une faute assez grave pour engager sa responsabilité, mais cette omission n'entraîne pas nécessairement l'idée de fraude. Les motifs allégués pour la justifier peuvent même en exclure tout soupçon.

Mais si l'administrateur, si le gérant, ne s'est pas contenté de s'abstenir; si cette opération qu'il a omis de faire pour le compte de la société, il l'a directement ou indirectement réalisée à son profit, il n'y a plus seulement faute, il y a fraude. Le motif de l'abstention se place alors naturellement dans une intention de s'avantager au préjudice de ses coassociés dont il devait, avant tout, protéger les intérêts. Cette intention est précisément ce qui constitue la fraude. On présumera donc celle-ci jusqu'à preuve contraire.

Il en serait de même du cas ou l'administrateur ou le gérant aurait appliqué à son profit personnel les ressources sociales ou réglé ses propres dettes par l'emploi de la signature sociale. Des faits de cette nature, en regard des devoirs que sa position lui impose, sont exclusifs de toute idée de bonne foi. Or ce n'est que l'existence de celle-ci qui peut enlever à un fait le caractère

de fraude et lui faire revêtir celui d'une faute plus ou moins légère.

1085. — La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie relativement à chaque opération et non sur l'ensemble de la gestion. L'associé qui procure un gain à la société n'accomplit qu'un devoir dont il ne pourrait se prévaloir pour se soustraire à la juste indemnité que sa faute ou sa fraude lui fait encourir. C'est dans ce sens que l'article 1850 prohibe toute compensation entre la perte résultant de la faute et le profit réalisé dans d'autres affaires.

1086. — La distinction entre la faute et la fraude est encore utile pour l'appréciation du droit de demander, à toutes les époques, la dissolution de la société.

La fraude confère incontestablement ce droit à tous et à chacun de ceux qui en sont les victimes. Celui qui a trompé ses associés, qui a cherché à s'avantager à leur préjudice, s'est rendu indigne non-seulement du mandat qui lui aurait été confié, mais encore de la qualité d'associé. Il a, en effet, ouvertement violé cette fraternité sur laquelle la société repose, substitué une juste méfiance à cette confiance réciproque qui en fait la base. Son passé enlève à l'avenir toutes garanties et rend conséquemment inévitable la rupture de toutes relations.

La faute, au contraire, ne donne pas nécessairement lieu à la dissolution. La bonne foi de celui qui l'a commise ne fait sans doute nul obstacle à ce qu'il soit tenu de la réparation du préjudice, mais elle doit puissam-

ment influer sur la question de savoir s'il y a, ou non, lieu de résoudre le lien social. Il n'y a aucune assimilation possible entre celui qui, par un défaut de prévoyance ou de capacité, a involontairement causé un dommage qu'il supporte d'ailleurs lui-même proportionnellement, et celui qui, dans un but de cupidité, a déloyalement cherché à s'avantager au préjudice de ceux qui lui avaient confié leurs intérêts. On ne peut donc appliquer les règles de la fraude à la faute, à moins que, par sa gravité, elle donne lieu de suspecter la bonne foi de son auteur.

1087. — Mais la faute suffit pour autoriser le retrait du mandat conféré par l'acte social. Aux termes de l'article 1856, le pouvoir donné dans cet acte ne peut être révoqué pendant la durée de la société, à moins d'une cause légitime. Or la faute reprochée à l'administrateur ou au gérant constituerait cette cause légitime. Les associés ne députent l'un d'entre eux que parce qu'ils lui supposent l'aptitude et la capacité exigées par les fonctions qu'ils lui confient. Sa gestion les forçant à modifier leur opinion, il est juste de leur permettre de revenir sur un choix que rien ne justifie plus, et à révoquer des fonctions qui pourraient offrir des fautes nouvelles, si elles restaient dans les mêmes mains.

1088. — En thèse ordinaire, le sort d'une société, valablement et légalement constituée, ne saurait dépendre du caprice et de la légèreté d'un associé. En conséquence, la dissolution, uniquement fondée sur la

volonté de l'un d'eux, devrait être repoussée. Il en serait autrement si la dissolution n'était que la conséquence d'un vice, soit intrinsèque, soit extrinsèque, déterminant la nullité de la société, comme si, par exemple, l'acte d'une société commerciale n'avait pas reçu la publicité voulue par la loi. Chaque associé, pouvant faire valoir cette nullité, pourrait, par une déduction naturelle, faire ordonner la dissolution.

1089. — Le législateur a cependant admis une exception à l'interdiction de demauder isolément la dissolution. L'article 1865 dispose, en effet, que la société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de ne plus en faire partie. Mais, cette exception pouvant devenir un instrument redoutable de fraude, on n'est recevable à en revendiquer le bénéfice qu'aux conditions suivantes :

1090. — 1° Que l'acte de société n'ait fixé aucun terme à sa durée.[1] Le législateur ne s'est pas dissimulé la gravité de l'atteinte que l'article 1865 porte au droit commun ; il n'a pas perdu de vue cette maxime d'équité et de raison : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.*[2] Il ne s'est donc décidé à la consacrer que dans des hypothèses recommandées et légitimées par des motifs considérables.

Ces motifs, il les a trouvés dans la perpétuité de la

[1] Art. 1869.
[2] L. 5, Cod. *de Oblig. et act.*

société que l'acte laisse illimitée. En effet, indépendamment de la répugnance, à diverses reprises manifestées par la loi, pour les engagements enchaînant la vie entière, et pouvant par cela même compromettre la liberté de celui qui les a souscrits, une pareille société serait, dans bien de cas, destinée à survivre aux éléments qui en formaient la base. La confiance réciproque, l'esprit d'union et de fraternité peut ne pas se continuer perpétuellement. Maintenir la société alors que l'une et l'autre auraient disparu, par le seul effet du temps, c'était rendre la société une véritable chaîne odieuse, insupportable, contraire même aux intérêts de toutes les parties. Le désir d'éviter un pareil écueil justifie complètement la décision sanctionnée par le législateur, dans laquelle M. Troplong ne voit, avec raison, qu'une loi de prudence.[1] Or, puisqu'on n'a à le redouter que dans les sociétés perpétuelles, la condition de cette perpétuité, exigée par l'article 1869, se trouve parfaitement justifiée.

De cette condition résulte donc que l'exception la plus péremptoire à la dissolution poursuivie par un des associés, réside dans la preuve qu'un terme a été convenu dans le pacte social. Or, à ce sujet, il n'est pas hors de propos de rappeler que le terme n'a pas besoin souvent d'être expressément stipulé; qu'il est naturellement indiqué soit par l'objet de la société même, soit par sa nature. C'est donc par la détermination de l'une et de l'autre qu'on résoudra si la société est ou non perpétuelle. L'existence d'un terme implicite ou expli-

[1] Art. 1869, 1870, n° 966.

cite, faisant évanouir ce caractère, soumet la demande en dissolution aux règles tracées par l'article 1871.

1091. — 2° Que la renonciation de l'associé soit faite de bonne foi.

Le législateur, mu par les considérations que nous venons d'exposer, n'a pas voulu consacrer des liens éternels, mais il n'a pas entendu que la faculté de les dissoudre pût, dans aucun cas, couvrir une fraude préjudiciable. C'est donc à celui qui prétend user de cette faculté à prouver qu'il remplit la condition que nous examinons, c'est-à-dire qu'il agit de bonne foi, sauf la preuve contraire, réservée de plein droit à ses associés.

1092. — Aux termes de l'article 1870, la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul les profits que les coassociés s'étaient proposés de retirer en commun. Cette intention est de plein droit présumée lorsque, après avoir renoncé, l'associé fait pour son compte personnel une opération que la société devait faire avec sa participation et son concours. *Si societatem ineamus*, dit le jurisconsulte Paul, *ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renunciasti societati ut solus emeres, tenebis quanti interest mea.*[1]

1093. — Pothier offre cet autre exemple d'une renonciation frauduleuse : Durant le cours d'une société de tous biens que j'ai contractée avec vous, un de mes

[1] L. 65, § 4, Dig. *pro Socio*.

amis, étant au lit de la mort, m'avertit qu'il m'a institué son héritier; je vais vite vous notifier que je n'entends plus être en société avec vous. Cette renonciation étant faite dans la vue de m'approprier la succession de mon ami, qui aurait dû tomber dans la société, est nulle, comme faite de mauvaise foi, et n'empêchera pas que cette succession n'y tombe, s'il y a du bénéfice.[1]

1094. — Au reste, comme toutes les questions de fait, celle de savoir si la renonciation est ou non frauduleuse est abandonnée à la prudence et aux lumières des magistrats. La loi s'est contentée de poser le principe constitutif de la fraude. De quelque manière que le juge arrive à la conclusion, il lui suffit d'établir que, dans sa conviction, la renonciation a pour objet l'acquisition exclusive du bénéfice devant tomber dans la masse commune, pour qu'il doive ne pas s'y arrêter.

1095. — 3° Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps.

La loi s'expliquant elle-même sur ce caractère de la renonciation, la déclare à contre-temps lorsqu'elle est faite dans un moment où les choses ne sont plus entières, et où il importe à la société que sa dissolution soit différée.[2]

Il est, en effet, des circonstances qui rendraient une dissolution immédiate désastreuse pour tous les asso-

[1] *Des Sociétés*, n° 150.
[2] Art. 1870.

ciés. Ainsi une société de commerce a fait des achats importants. Une baisse considérable des denrées qui en ont fait l'objet lui imposerait une perte certaine, si la dissolution la contraignait de revendre actuellement. Il lui convient donc d'attendre, et cette convenance chaque associé doit en subir les effets. Elle ferait donc repousser la demande en dissolution.

Vainement l'associé renonçant voudrait-il démontrer qu'il a, lui, un intérêt pressant à une dissolution immédiate. Dans l'appréciation de l'à-propos d'une renonciation, on doit exclusivement se placer au point de vue de l'intérêt social, sans tenir aucun compte de l'intérêt privé des associés. C'est ce qu'enseignait le droit romain : *Hoc ita si societatis interest non diremi societatem; semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit.*[1]

1096. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune? C'est de lui enlever toute validité et partant toute efficacité. Ainsi, nonobstant la renonciation inopportune, la société continue d'exister. L'associé renonçant n'en reste pas moins soumis aux obligations et aux devoirs que sa qualité lui impose.

La renonciation frauduleuse oblige son auteur à rapporter à la masse, non-seulement le gain illicite qu'il se proposait, mais encore celui qu'il n'a pu prevoir au moment de sa renonciation et qu'il lui est échu depuis, pourvu cependant qu'il dût tomber en société. En effet,

[1] L. 65, § 5, Dig. *pro Socio.*

la nullité de la renonciation, à quelque époque qu'elle soit prononcée, remonte au jour de sa date. Conséquemment la société n'a pas cessé d'exister et d'acquérir tout ce qui devait lui appartenir.

De là il suit encore que les pertes éprouvées par la société, depuis la renonciation, ne laisseront pas que d'être proportionnellement à la charge du renonçant et, enfin, que la société pourra le faire condamner à réparer, par des dommages-intérêts, le préjudice qu'elle a éprouvé de son défaut de concours, si ce concours, ayant paru indispensable ou utile, avait été stipulé dans l'acte social.

1097. — Au demeurant, il importe de remarquer, avec M. Troplong, que la nullité de la renonciation est purement relative. Tous les associés, excepté le renonçant, sont admis à la faire valoir. De là il suit que si l'opération, en vue de laquelle la renonciation a été notifiée, s'est soldée par une perte au lieu d'offrir le bénéfice espéré, cette perte peut rester étrangère à la société; que les bénéfices que la société a réalisés après la renonciation peuvent lui être exclusivement acquis. Ce double résultat serait la conséquence forcée de l'acceptation que les associés feraient de la renonciation, que seuls ils peuvent quereller.

En définitive donc, celui qui renonce frauduleusement agit plutôt contre son propre intérêt que contre celui de ses coassociés. Il s'expose, en effet, à voir ceux-ci soit lui demander compte du gain qu'il a illégitimement recherché et le faire contribuer aux pertes

essuyées depuis la renonciation ; soit lui laisser exclusivement la perte faite sur l'opération frauduleuse et lui refuser sa part dans les bénéfices par eux réalisés. On peut donc dire de lui ce que le jurisconsulte Paul dit de l'associé renonçant avant l'expiration du terme convenu : *Socium a se, non se a socio liberat.* [1]

1098. — Dans les sociétés dont le terme a été stipulé soit explicitement, soit implicitement, l'exécution littérale n'offre plus l'inconvénient attaché à un engagement perpétuel. Le législateur revient donc purement à la règle que nous avons déjà indiquée : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto nécessitatis.* En conséquence, la dissolution de la société ne peut être demandée par un des associés, avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs. [2] L'associé qui renoncerait contrairement à cette disposition, ferait donc un acte sans aucune efficacité ; il serait à l'instar de celui qui renonce frauduleusement ou en temps inopportun et s'exposerait aux mêmes résultats.

1099. — Les motifs pouvant légitimer la demande en dissolution sont indiqués, mais non limités par l'article 1871. C'est ce qui s'induit non-seulement de la généralité de ces termes, mais encore de l'appel qu'il fait à l'arbitrage du juge pour l'appréciation des causes qu'il n'énumère pas spécialement. Il suffirait donc que

[1] L. 65, § 6, Dig. *pro Socio.*
[2] Art. 1871 du Cod. civ.



celles invoquées par l'associé fussent jugées graves pour qu'on admît la dissolution. Nous avons déjà dit que la fraude dans l'administration ferait inévitablement dissoudre la société.

1100. — Si les prétentions de l'associé sont repoussées, la société continue d'exister jusqu'à son expiration. Mais ici peut s'offrir une importante difficulté. Supposez que l'associé réclamant soit précisément celui qui est le gérant indispensable de la société, celle-ci ne consistant que dans l'exploitation de l'industrie par lui apportée ; supposez encore qu'après le jugement qui refuse la dissolution, il persiste dans son projet de retraite. Comment assurer l'exécution de ce jugement ? Comment refuser la dissolution, si la volonté d'abandonner la gestion est nettement indiquée au juge avant qu'il ait prononcé ?

1101. — Placée dans une position de ce genre, la Cour de Lyon a cru pouvoir admettre une exception à l'article 1871. Dominée par cette pensée que les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts, elle a pensé que la dissolution était forcée, sauf le paiement de ces dommages, et c'est ce qu'elle ordonne par son arrêt du 18 mai 1823.

1102. — Cet arrêt n'a pas seulement le tort de créer à l'article 1871 une exception que repousse la généralité de ses termes, il viole, en outre, ce principe écrit dans les règles générales en matière d'inexécu-

tion : que la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le droit de demander le maintien de l'obligation.

Il est vrai que si l'exécution en est impossible, on doit la remplacer par une allocation de dommages-intérêts, mais l'impossibilité est ici laissée à l'appréciation de la partie intéressée, seule juge des moyens à l'aide desquels elle espère la faire disparaître.

Sans doute ces moyens ne peuvent aller jusqu'à faire appréhender le débiteur au corps pour l'obliger *manu militari* à faire ce qu'il refuse de faire. C'est ce que l'article **1142** a pour objet d'empêcher. Mais ce que la loi a pu et dû permettre, c'est de vaincre la mauvaise volonté du débiteur en rendant l'exécution d'un tel intérêt pour lui, qu'il ne puisse longtemps s'y soustraire. A cet effet, l'allocation d'une somme déterminée par chaque jour de retard se recommande à l'attention du créancier, à celle de la justice.

Ainsi, quelle que soit la partie qui se refuse à remplir son engagement, elle ne saurait, se prévalant de sa propre faute, obtenir la dissolution contre l'opposition de l'autre partie. En demandant l'exécution du contrat, celle-ci ne fait qu'user d'un droit que la loi lui donne, et sur la conservation duquel la justice doit veiller. On doit donc, sur ses réclamations, maintenir le contrat, en ordonner l'exécution sous peine de payer une somme déterminée par chaque jour de retard. Admettre la résiliation serait non-seulement violer la loi, mais encore donner une prime à l'impudence. Comment, en effet, qualifier autrement le langage de celui qui viendrait

dire à ses juges : Je ne veux pas remplir mon obligation, et cette volonté je vous défie de ne pas la prendre en considération. Condamnez-moi à des dommages-intérêts, mais déliez-moi de mes engagements. Un pareil langage, s'il pouvait être efficace, décèlerait dans la loi une bien regrettable lacune et une impuissance qui n'existe heureusement pas.

1103. — La dissolution par l'échéance du terme de la société ou par suite d'une décision judiciaire fait cesser les rapports entre associés et substitue l'intérêt privé de chacun d'eux à l'intérêt général qui les avait unis jusque là. Ses effets immédiats sont la liquidation et le partage.

Ce dernier est régi par les principes que nous avons déjà exposés. Le droit de chaque associé s'établit par les stipulations de l'acte social. Il reçoit les bénéfices et contribue aux pertes dans les proportions de son intérêt social.

Un effet plus immédiat encore de la dissolution, c'est de révéler le mode de gestion et les fautes que le gérant a pu commettre. Jusque là, en effet, l'ensemble de l'administration est resté dans un certain vague que l'obligation de rendre compte doit nécessairement faire disparaître.

1104. — Ce compte doit être le résumé fidèle de la gestion, il doit avoir sa base et son contrôle dans les écritures sociales. L'irrégularité de celles-ci jette donc sur le compte des soupçons au bout desquels se trouvent bien souvent l'infidélité et la fraude.

1105. — La négligence dans la tenue des écritures est au moins une faute. Elle a pour effet d'empêcher les associés de contrôler les allégations du compte, d'en vérifier l'exactitude, d'en prouver l'infidélité. L'intérêt, que le gérant a incontestablement à ce triple résultat, doit commander une extrême circonspection dans l'appréciation de sa conduite. Une allocation de dommages-intérêts, plus ou moins élevée, pourrait être la peine de la négligence, à plus forte raison d'une irrégularité flagrante.

1106. — Le gérant est obligé de restituer non-seulement les livres, mais encore tous les papiers sociaux. Le défaut de livres ou leur insuffisance est une faute extrêmement grave. En effet, elle a nécessairement les résultats que nous venons d'indiquer et à un degré encore plus prononcé de nocuité pour les associés, d'avantage pour lui. Comment avec des écritures insuffisantes juger sainement des opérations remontant à plusieurs années? Comment reconnaître une omission, justifier une élévation dans les recettes, une exagération dans la dépense?

L'absence ou l'insuffisance des livres substitue donc le doute et l'obscurité à l'exactitude et à la précision si désirables en cette matière. La fraude peut en cet état être facilement supposée, et cette facilité, éveillant la juste susceptibilité de la justice, ferait non-seulement accueillir les modifications appuyées sur des présomptions graves, mais encore condamner l'associé chargé des écritures à des dommages-intérêts.

1107. — La soustraction totale ou partielle des livres ou écritures est une fraude caractérisée. L'intention dont elle est l'exécution ne peut être douteuse, et mérite toute la sévérité de la justice. Les associés peuvent dans ce cas demander la production matérielle avec peine d'une somme déterminée par chaque jour de retard, ou se borner à réclamer des dommages-intérêts suffisants pour les indemniser de tout le préjudice.

Dans l'un et dans l'autre cas, la demande est susceptible d'être différemment appréciée, selon qu'il s'agit d'une soustraction totale ou d'une soustraction partielle.

Rien ne saurait justifier la première, mais la seconde peut être plus ou moins nuisible, selon le caractère des livres en faisant la matière. Si ces livres ne sont pas indispensables pour arriver à un règlement équitable; si le contrôle reservé aux associés peut utilement être fourni par les écritures produites, l'excuse de bonne foi pourrait être accueillie. L'intention qui a fait disparaître un livre auxiliaire suppléé par les livres principaux, n'est pas nécessairement frauduleuse, le préjudice peut en réalité ne pas exister ou du moins n'exister que dans des proportions minimes. Or, comme c'est surtout pour réparer celui-ci que des dommages-intérêts sont dus, on pourrait soit les refuser, soit les réduire dans les mêmes proportions.

Mais si la soustraction porte sur les livres principaux, on n'aurait pas à la distinguer de la soustraction totale. L'effet étant le même, la peine serait identique.

1108. — Au reste, il importe aux associés d'opposer

au gérant toutes les objections leur compétant, avant le règlement matériel du compte; après ce règlement, le compte est définitif. Toute réclamation ultérieure viendrait échouer devant l'article 541 du Code de procédure civile.

1109. — Cet article prohibe toute révision des comptes, et son applicabilité, en matière de société civile ou commerciale, ne saurait faire l'objet d'un doute sérieux. Les motifs qui l'ont dicté ne manquent pas de gravité, le législateur a compris que le comptable régulièrement déchargé de sa gestion, par un arrêté de compte, n'a plus le même intérêt dans la conservation des pièces en formant les éléments; qu'en cet état, le soumettre de nouveau à rendre son compte serait le placer dans la nécessité de faire ce qu'il n'est plus réellement en position d'accomplir.

La prohibition de l'article 541 ne reçoit exception que dans un seul cas, à savoir : lorsque l'arrêté de compte a été surpris par dol, extorqué par fraude ou ravi par violence. La preuve de l'un ou de l'autre entraînerait la nullité du contrat, et ferait remettre les parties dans le même état qu'avant. Cette exception, loin de détruire la règle, ne fait que la confirmer, ce ne serait pas en effet une révision du compte dont il s'agirait dans cette hypothèse. Le règlement frauduleux ou dolosif est censé n'avoir jamais existé, ce serait donc ce règlement qu'il s'agirait d'accomplir.

Si l'arrêté de compte n'est pas attaqué sous ce rapport ou si, reproché à ce point de vue, il a été maintenu,

l'article 541 reprend tout son empire, toute révision est écartée de plein droit.

1110. — Reste l'action en redressement pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, que l'article 541 réserve lui-même. La nature de cette demande se détermine par la disposition entière de cet article. Évidemment l'action en redressement est autre chose que l'action en révision, si non il faudrait reconnaître que le législateur a permis à la fin de l'article ce qu'il proscrit formellement au commencement.

Ce qu'il faut en conclure, c'est que par la défense de réviser le compte, la loi n'a pas voulu empêcher des réclamations, dont l'existence ultérieure ne se réalise tardivement que parce que les griefs qu'elles révèlent n'ont été découverts qu'après l'arrêté du compte. Des erreurs, des omissions, des faux, des doubles emplois, ne doivent profiter ou nuire à personne, on doit les réparer en maintenant toutefois les effets généraux du règlement des comptes.

De là il suit que, pour être recevable, l'action en redressement doit être nettement déterminée dans son objet. On ne doit pas se borner à prétendre en termes généraux et vagues qu'on a à signaler des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, il faut relever les articles du compte renfermant le vice reproché, fournir les pièces établissant l'erreur ou l'omission. Celui-là donc qui, sans offrir ce détail, se contenterait de soutenir qu'il est victime, qui même, sur le fondement de certaines pièces, se bornerait à prétendre que le reliquat du

compte est erroné, devrait être déclaré non-recevable et succomber dans ses prétentions. [1]

En d'autres termes, l'action en redressement laisse à l'arrêté du compte toute son autorité, il y a lieu seulement d'ajouter ou de retrancher jusqu'à concurrence des sommes omises ou portées en plus. Il faut donc nécessairement signaler les articles querellés dans l'un ou l'autre sens. Se renfermer dans des généralités, ce n'est pas vouloir faire redresser le compte, c'est en demander un second ou tout au moins réviser le premier, c'est, dans l'un ou l'autre cas, exiger ce que proscrit l'article 541.

—

SECTION VI. — FRAUDES DANS LES PRÊTS.

—

SOMMAIRE.

[1] Chauveau sur Carré, art. 541 ; — Cass., 2 mars 1831 ; — Bourges, 21 août 1831.

1139. On reconnaîtra la vérité de l'escompte d'abord au taux auquel il a été établi.
1140. A la nature réelle de l'opération. *Quid*, s'il s'agit d'un billet directement souscrit par le cédant lui-même?
1141. La même difficulté peut se présenter pour le change. Solution.
1142. *Quid*, s'il existe une supposition de lieu?
1143. Jugement du Tribunal de commerce de Marseille, confirmé par arrêt d'Aix, dans une espèce où la supposition de lieu n'avait pas fait obstacle à l'existence du contrat de change.
1144. Le droit de commission peut-il être prélevé en l'absence d'un crédit ouvert par le banquier?
1145. Exception au principe admis par l'article 1154, en matière d'anatocisme.
1146. La commission du banquier peut-elle être prélevée sur le solde reporté à nouveau?
1147. Pour que la capitalisation trimestrielle des intérêts puisse être effectuée, il faut que le compte existe entre négociants, et que le compte ait été réellement arrêté.
1148. Le banquier peut-il prélever une commission sur chaque renouvellement des billets souscrits par un non commerçant?
1149. Usure consistant à fondre les intérêts avec le capital.
1150. Première objection que la preuve testimoniale fera surgir.
1151. Deuxième objection.
1152. La preuve de l'usure acquise, quel sera le sort de l'acte?
1153. La rétention des intérêts au moment de l'acte constitue une usure.
1154. Peut-on stipuler que les intérêts d'un capital fourni en argent seront payés en denrées?
1155. *Quid*, si le prêt a été fait en denrées?
1156. La loi de 1807 ne régit pas le prêt qui offre une chance aléatoire. Application de cette règle à la caisse hypothécaire.



être écartée sous prétexte de ratification ou de transaction, à moins que l'une ou l'autre se fût réalisée après la libération.

1201. De quel moment commence à courir la prescription?
1202. Par quel délai est-elle acquise pour l'usure ordinaire?
1203. Quel est le délai pour l'usure palliée ?
1204. Durée de l'exception.

1111. — La loi distingue trois sortes de prêts : 1° celui des choses dont on peut user sans les détruire, c'est le prêt à usage ou commodat; 2° celui des choses se consommant par l'usage, soit le prêt de consommation; 3° enfin, le prêt à intérêt.

La gratuité, qui est de l'essence de chacun d'eux, ne permet guère de prévoir une fraude, de la part du prêteur surtout. Cependant, comme il en résulte pour chaque partie des obligations et des droits, la fraude consommée dans l'exécution des premières, ou qui tendrait à annihiler les autres, donnerait lieu à une adjudication de dommages-intérêts.

1112. — A vrai dire, le commodat est une véritable cession de jouissance, une location, en quelque sorte. Dès-lors, c'est par les règles que nous avons exposées dans notre section IV que se résoudront les difficultés soulevées sur l'exécution des obligations soit du bailleur, soit du preneur.

1113. — D'autre part, le prêt de consommation peut être assimilé à la vente. Ce qui en fait la matière, c'est la chose prêtée, qui devient la propriété de l'em-

prunteur et dont il peut disposer à son gré. Ce qui représente le prix, c'est l'obligation de restituer une chose de même quantité et qualité. L'exécution du prêt, c'est-à-dire la délivrance, la garantie des vices cachés, l'obligation de restituer au terme convenu, les fraudes que peuvent se permettre les parties, se trouvent donc naturellement régies par les principes que nous avons déjà exposés en parlant de la vente, et auxquels nous nous contentons de nous référer.

1114. — Nous arrivons au prêt à intérêt, qui se recommande si hautement à l'attention des magistrats et des jurisconsultes par la facilité avec laquelle il devient un instrument de fraude. Notre ancienne législation ne le tolérait qu'avec aliénation du capital et proscrivait sévèrement tout profit autre que la rente au taux légal et convenu.

Ces dispositions de la loi civile étaient conformes aux prescriptions enseignées par la théologie. Armée de quelques passages de l'Écriture, l'Église s'était formellement prononcée contre le prêt à intérêt sans aliénation du capital.

Notre intention n'est pas de discuter la vérité de cette prohibition, de rappeler les diverses phases du prêt à intérêt, les attaques qu'il a subies, la défense dont il a été l'objet ; on ne saurait, sur tous ces points, dire plus et surtout dire mieux que ne l'a fait M. Troplong dans sa préface du *Commentaire sur le prêt*. Nous renvoyons donc ceux qui voudraient être complètement édifiés sur les vicissitudes que le prêt à intérêt a traversées, au ta-

bleau si complet, si lucide qu'en a tracé cet habile et éminent magistrat.

Quant à nous, il nous suffit de trouver ce contrat inscrit dans notre Code pour que nous ayons à l'examiner sous le rapport de notre matière et à nous occuper des fraudes dont il peut devenir l'occasion. La principale de celles que le prêteur peut se permettre est, sans contredit, l'usure.

1115. — En droit romain, l'usure signifiait l'intérêt que l'argent pouvait produire; en France, et à toutes les époques, l'usure n'a pas été prise dans cette acception; elle a toujours désigné le gain illicite que des prêteurs avides ont tenté de se procurer, soit par la violation expresse de la loi prohibitive, soit en stipulant des intérêts au-dessus du taux légal.

Il importe, en effet, de remarquer que toutes les législations, en admettant le prêt à intérêt, se sont réservé le droit d'en déterminer le taux. C'est spécialement ce qu'a fait le Code civil. Ainsi, après avoir permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, le législateur ajoute immédiatement : L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi; l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. [1]

Le législateur se réserve donc la faculté de restreindre la volonté des parties et d'établir un *maximum* d'in-

[1] Art. 1907 du Code civ.

térêt au-delà duquel la convention ne créera aucun lien obligatoire. Ce droit du législateur semble au-dessus de toute contestation. Il est évident, en effet, que, puisqu'il a le pouvoir de prohiber le prêt à intérêt, il a par cela même, en le consacrant, le droit de lui imposer telles limites qu'il croit indispensables à la sécurité de l'état et à l'ordre public. Cependant ce droit à été méconnu tant sous le rapport de son existence que sous celui de la convenance de son exercice.

1116. — Les scholastiques, d'une part, l'ont contesté en niant *a priori* la faculté de permettre un intérêt quelconque. Retirer un intérêt alors qu'on n'aliène pas le capital, c'est, à leurs yeux, contrevenir à l'esprit de la religion et violer le principe de la gratuité du prêt : *Mutuum date, nihil inde sperantes.* Cette objection a été repoussée par une plus saine interprétation des passages sur lesquels elle se fonde; on a prouvé qu'ils renferment des principes de charité sublime, plutôt que des préceptes de justice rigoureuse. [1]

Turgot ne s'est pas contenté de réfuter l'opinion des canonistes, il va plus loin, et après avoir recherché l'origine et les caractères du prêt à intérêt, il soutient que ce prêt dérive du droit naturel bien supérieur à toutes les législations; qu'en conséquence la faculté d'exiger un intérêt de son argent n'étant que la conséquence du droit de propriété, ne peut être refusée par le législateur; il lui conteste donc le pouvoir de la réglementer,

[1] Turgot, *Mémoire sur les prêts d'argent*, §§ 25 et suiv.

la détermination du taux de l'intérêt devant être abandonnée à ses éléments naturels, c'est-à-dire aux chances du commerce lui-même.

D'autres publicistes éminents s'expriment plus énergiquement encore. L'un d'eux ne voit dans l'usure même *que la liberté pour les individus de faire leur condition comme ils le jugent convenable.* Il se résume, en conséquence, dans cette proposition : *Que nul homme parvenu à l'âge de raison, jouissant d'un esprit sain, agissant librement et en connaissance de cause, ne doit être empêché, même par des considérations tirées de son avantage, de faire comme il l'entend tel marché que ce soit dans le but de se procurer de l'argent, et que, par conséquent, personne ne peut être empêché de lui donner ce qu'il demande aux conditions qu'il veut bien accepter.* [1]

Pour Bentham, le grand *critérium* de la sagesse et de la convenance des lois est leur utilité. Cette qualité s'apprécie dans chaque disposition légale par la proportion des plaisirs et des peines en résultant, et par la supériorité de ceux-ci sur celles-là. [2] Soumettant ensuite à cette double recherche les lois répressives de l'usure, il arrive à conclure qu'elles sont sans efficacité, sans avantages aucuns pour ceux-mêmes qu'elles ont pour but de protéger; qu'au contraire elles engendrent, au point de vue commercial, des inconvénients nombreux et graves; qu'elles corrompent les mœurs, puisqu'elles

[1] Jérémie Bentham, *Défense de l'usure*, lettre première.
[2] *Idem, Traité de législation.*

provoquent à la délation, à la trahison, à l'ingratitude, en offrant à l'emprunteur une récompense pour l'encourager à violer ses engagements et à déchirer la main secourable qui lui a été tendue; que, dès-lors, les inconvénients dépassant de beaucoup les avantages, ces lois ne sont ni convenables, ni sages. L'opinion contraire, ajoute-t-il, n'est due qu'à des préjugés que le mot usure nourrit et entretient depuis longtemps.

1117. — N'en déplaise à l'auteur, le concert de malédictions et de plaintes que l'usure a, de tous temps, soulevé, est un terrible argument contre sa thèse. L'opinion publique se trompe quelquefois, mais, quelle que soit la durée de son erreur, elle n'est jamais éternelle. La vérité finit par se faire jour et par triompher des ténèbres en obscurcissant l'éclat. C'est ainsi qu'on a vu et que nous voyons chaque jour des préjugés plus ou moins enracinés s'affaiblir, s'effacer et disparaître. Il faut donc induire, de ce que celui contre l'usure a traversé une succession de siècles sans avoir rien perdu de sa force, que, au fond, ce qui l'avait fait naître n'a rien que de très réel. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait survécu. Est-ce que les plaies de l'usure ne sont pas aussi hideuses, aussi saignantes qu'elles l'étaient dans les siècles précédents?

Nous le reconnaissons sans peine, au point de vue où se placent Turgot et Bentham, leur opinion ne manque pas d'une certaine gravité, et nous comprenons ce dernier s'écriant : Pourquoi m'empêcheriez-vous de demander le dix, le vingt pour cent d'un argent qui, par

la spéculation, va en procurer quarante ou cinquante à mon emprunteur? Il est évident que, dans les hautes opérations de finance, de commerce ou d'industrie l'usure est moins redoutable que dans les affaires ordinaires. Sa répression peut même conduire à l'anomalie signalée, mais le remède conduirait, lui aussi, à de singuliers résultats. Si on a pu, en effet, à l'origine de l'opération, stipuler un intérêt de dix ou de vingt pour cent, cet intérêt sera payable, alors même que la prévision sur laquelle il a été calculé ne se réaliserait pas et que l'emprunteur, loin de faire un bénéfice quelconque, ne retirerait qu'une perte même considérable. Serait-ce là de la justice?

La liberté illimitée réclamée par Bentham n'est donc pas dans le cas d'établir la proportion équitable entre le prêteur et l'emprunteur. Le moyen de le faire, notre droit l'a trouvé et admis. Nous avons vu, en traitant de la société, que le bailleur de fonds pouvait, outre et indépendamment de l'intérêt légal, stipuler une part déterminée dans les bénéfices; et ce moyen, admis par l'équité, est avoué par la plus stricte justice. En effet, le prêteur ne sera pas réduit à n'avoir que le six pour cent là où l'emprunteur en touchera vingt ou trente. D'autre part, la participation au bénéfice ne se réalisera que lorsqu'il y aura un bénéfice, et ainsi l'emprunteur ne paiera, en cas de perte, que l'intérêt légitimement acquis au prêteur.

On le voit, l'anomalie signalée par Bentham s'évanouit et tombe sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'abrogation des lois prohibitives de l'usure.



Au reste, l'inconvénient fût-il réel et irréparable, son existence pourrait-elle prévaloir contre les conséquences de l'usure, au point de vue dont le législateur devait surtout se préoccuper? En effet, à côté de ceux que Bentham appelle les gens à projet et daus l'intérêt desquels il réclame la liberté illimitée de l'intérêt, existent le modeste commerçant, les travailleurs, les petits propriétaires. Osera-t-on soutenir, par rapport à eux, l'innocuité de l'usure? Mais une longue et triste expérience est là pour démontrer que ses exactions ont pour résultat leur ruine tellement inévitable, qu'on pourrait prédire avec certitude le moment où elle se réalisera. En présence d'un pareil état des choses faut-il justifier le législateur et discuter les raisons qu'on oppose à l'exercice du droit de déterminer un *maximum* d'intérêt?

Nous ne pouvons d'abord admettre que celui qui s'abandonne en proie à l'usure agisse librement et en connaissance de cause. Personne n'accepte volontairement pour sa famille et pour lui la perspective presque assurée de la ruine et de la misère. Celui qui en court la chance ne le fait donc que vaincu par une nécessité invincible, que dominé par des besoins urgents, qu'entraîné par une passion funeste. Le contraire fût-il vrai, quel motif y aurait-il pour permettre à qui que ce soit de profiter d'une volonté évidemment pervertie? La loi ne peut empêcher matériellement le suicide; elle n'a pas même cru pouvoir en consacrer la prohibition; mais elle n'hésite pas à punir celui à qui on aurait eu recours pour l'accomplir et qui se serait prêté à sa con-

sommation. Pourquoi donc n'aurait-elle pas fait pour le suicide moral ce qu'elle fait pour le suicide physique?

Sans doute il n'appartenait pas au législateur d'imposer, comme règles obligatoires, ces préceptes d'incommensurable charité qu'enseigne la loi divine; mais ce qu'il pouvait, ce qu'il devait faire, c'était de punir celui qui, voyant son prochain se jeter aveuglement au devant du précipice, au lieu de le retenir, l'y plonge de sa propre main pour satisfaire une odieuse, une infâme avidité.

La répression de l'usure est donc hautement approuvée par la morale. Le droit que s'est réservé le législateur est donc parfaitement juste. Nous ajoutons qu'en le répudiant, il eût méconnu formellement la mission qu'il a à remplir.

Que l'usure touche à l'état politique des peuples, c'est ce qui ne saurait être nié sans faillir à la vérité la plus éclatante. L'influence qu'elle exerce sur le bien-être des citoyens, sur le paiement des impôts, sur la tranquillité publique, la rend une question éminemment sociale et la recommande à l'attention spéciale de l'homme d'État. N'est-ce pas l'usure qui fut, à Rome, la cause de ces séditions qui menacèrent l'existence même de la République naissante? N'est-elle pas également indiquée par tous les historiens comme un des fléaux qui précipitèrent la ruine du Bas-Empire et le livrèrent en proie à l'invasion des Barbares?

Oui, l'usure ne peut être considérée comme un malheur privé. Laissez-lui ses coudées franches, et vous la verrez s'attacher bientôt à tout ce qui fait la prospérité



des états et en dessécher les sources. L'agriculture sera désertée, car elle ne produira pas de quoi satisfaire aux exigences d'un créancier avide ; accablé sous un joug de fer, le cultivateur cessera bientôt d'exploiter son modeste héritage, lorsque les sueurs dont il l'inonde tourneront au profit exclusif du prêteur, qui ne tardera pas, d'ailleurs, à l'en chasser. Le commerce lui-même, au nom duquel on réclame la liberté illimitée, ne pourra bientôt plus suffire à ce ver rongeur, et ne pourra que languir et s'éteindre, et l'on contesterait au législateur le droit d'intervenir ! Mais comment conçoit-on la mission que l'économie politique lui impose et qu'elle idée se fait-on de l'intérêt public ?

Qu'on ne traite pas nos prévisions de craintes puériles, d'exagérations chimériques ; nous ne faisons malheureusement que de l'histoire, dont le langage a souvent toute l'autorité d'un chiffre. Sans remonter même à des temps déjà éloignés, reportons-nous à ces temps d'entraînements qui virent proclamer la liberté absolue dans la stipulation des intérêts, et voici ce que nous trouverons : « On vit porter les intérêts à un taux ex-« cessif, vingt, trente, quarante, cinquante et même « soixante pour cent. La France compta par milliers les « ruines et les fortunes scandaleuses. L'usure, qu'aucun « frein ne retenait plus, fit irruption dans la société, « elle s'y implanta et y jeta des racines tellement pro-« fondes, que la sévérité des lois et des magistrats « n'est pas encore parvenue à les extirper entièrement. « L'ordre social eut tant à souffrir des ravages de l'u-« sure, qu'on sentit le besoin de la proscrire de nou-

« veau, et c'est alors que fut rendue la loi du 3 sep-
« tembre 1807.[1] »

Ainsi, dix-huit ans de liberté absolue, de 1789 à 1807, avaient non-seulement rendu le mal présent dangereux et intolérable, mais encore grevé déplorablement l'avenir. Où en serions-nous arrivés si, aux réclamations incessantes des populations désolées, le législateur eût répondu qu'il n'avait pas le droit d'intervenir?

Ainsi l'*utilité* d'une loi répressive, ce grand *critérium* qu'exige Bentham est parfaitement démontrée. Vainement fait-on observer que cette loi n'a pas mis fin à l'usure. Le législateur n'a pas pu être arrêté un instant par la pensée qu'on éluderait sa volonté. Tout ce qu'il devait faire d'ailleurs, c'était d'éditer une peine dans cette prévision, et c'est un devoir auquel la loi de 1807 n'a pas failli. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais un premier effet est obtenu. L'usure ne se manifeste plus le front haut et la démarche assurée, elle se cache, elle s'enveloppe dans le mystère et l'ombre au milieu desquels la sagacité de la justice sait et peut quelquefois l'atteindre et la punir.

1118. — La question d'utilité tranche celle de la convenance. Cependant les raisons qui ont fait contester cette dernière exigent un examen sérieux. Nous avouons même qu'en pareille matière une loi fixe, immuable n'est pas dans la nature des choses; qu'elle est dans le cas de substituer le mensonge à la vérité, et de

[1] Petit, *Traité de l'usure*, liv. 1, p. 24.

se placer en contradiction avec les intérêts qu'elle a pour objet de garantir.

Qu'est-ce, en effet, que l'intérêt? Les économistes ont beaucoup écrit sur la matière, sans cependant prendre à tâche de réduire la question dans les limites les plus nettes, dans les termes les plus simples. M. Say voit dans l'intérêt le profit du capital ainsi que celui du fonds de terre, et il le définit : le prix d'un service qui n'est pas un travail humain, mais qui est néamoins un service productif, lequel concourt à la production des richesses, de concert avec le travail humain.[1]

A travers ces expressions, qui ne pèchent pas par un excès de clarté, M. Say a sans doute voulu dire que le prêt n'exige aucun travail de la part du prêteur, qui acquiert, par la disposition qu'il fait temporairement de son capital, le droit de participer au bénéfice que le travail de l'emprunteur doit faire produire à ce capital. En d'autres termes, le capital est une propriété dont la jouissance, cédée à un tiers, est susceptible de produit en faveur du propriétaire. Le prêt n'est donc, en définitive, qu'un louage dont l'intérêt est le prix. Telle est aussi, nous l'avons dit, l'opinion de Turgot.

Cela posé, il semblerait en résulter que le taux de ce loyer doit être abandonné à la libre disposition des parties, ou du moins n'obéir qu'aux fluctuations que feront surgir les causes de nature à exercer sur son cours une influence nécessaire.

Or ces causes sont : 1° l'abondance ou la rareté de

[1] *Traité d'Economie politique*, chap. 8, l. 2,

l'argent. Chacun convient, en effet, que c'est là un des éléments essentiels pour la fixation de l'intérêt, dont la détermination se règle sur la quantité des capitaux disponibles et prêtables ; qu'ainsi le taux est naturellement bas dans les pays riches, élevé dans les pays pauvres.

Mais pour que l'abondance ou la rareté du numéraire ait une influence réelle sur le cours des intérêts, il faut que l'une ou l'autre trouve sa cause dans un fait purement commercial, à savoir : la diminution ou l'augmentation des besoins des travailleurs. Donc l'accroissement des richesses, entre les mains de ceux-ci, devra nécessairement être considérée comme le second terme de la proposition. En effet, le loyer de l'argent, considéré comme instrument de travail, sera moindre, suivant que l'argent sera plus offert que demandé. Or ce résultat ne sera pas toujours la conséquence uniquement de l'abondance du numéraire entre les mains des capitalistes, il sera surtout déterminé par la diminution des besoins chez l'emprunteur. Supposez, en effet, que les besoins soient les mêmes, l'abondance d'argent chez le disposeur ne sera pas pour lui un motif d'en abaisser le prix. Elle deviendra bien plutôt l'occasion de réaliser de plus gros bénéfices, soit en travaillant sur une plus grande échelle, soit en ne satisfaisant que les besoins de la place, à l'effet de maintenir un taux favorable à ses intérêts.

Ce qui donc influera réellement sur le prix de l'argent, c'est la position et les besoins des travailleurs. Tant que celle-ci sera précaire, tant que ceux-là seront urgents, ils seront forcés de subir le joug des dispo-



seurs, seuls en mesure de leur fournir l'instrument capable de les faire vivre eux et leur famille.

Que si, au contraire, leur position s'est améliorée, si le besoin de recourir à autrui se fait moins sentir, parce que, dans une certaine mesure, ils ont acquis ce qui leur est nécessaire, ils pourront à leur tour n'accepter ce qui manque au développement de leur industrie qu'à des conditions que celui qui le leur offre sera forcé d'accepter, sous peine de garder son argent improductif, ce à quoi les capitalistes se résignent difficilement.

Ainsi, c'est surtout dans les besoins des travailleurs qu'il faut trouver les causes influençant le prix du loyer de l'argent. On ne doit pas cependant en exclure l'abondance de celui-ci entre les mains des capitalistes. Quelque réduits, en effet, que fussent les besoins, si les capitaux disponibles et prêtables étaient insuffisants pour les couvrir, toute baisse dans l'intérêt serait impossible.

2° Le développement de la confiance générale, représentée dans l'industrie par le développement et l'organisation du crédit. C'est encore à ce point de vue que la position des travailleurs influera puissamment sur le taux de l'intérêt. Commercialement parlant, ce taux ne représente pas seulement la valeur réelle du prix de l'argent, il doit de plus offrir une prime d'assurance pour les risques que court le prêteur, soit en raison des circonstances générales politiques ou industrielles, soit à raison des qualités et de la situation personnelle de l'emprunteur. C'est ainsi que les crises politiques ou financières exercent un contre-coup inévitable sur le

prix de l'argent; c'est ainsi que, dans des circonstances égales, les maisons de premier crédit obtiendront l'argent à de bien meilleures conditions que les maisons d'un crédit moindre.

L'accroissement des richesses entre les mains des travailleurs, en affermissant leur crédit, fera évanouir d'autant les chances de perte, et amènera nécessairement l'affaiblissement de la prime que ces chances font percevoir confondue dans l'intérêt.

En résumé, le taux de l'intérêt se calcule sur le plus ou moins d'abondance de l'argent, coïncidant avec une diminution ou avec une augmentation des besoins; sur le développement du crédit devant rendre moins forte la prime d'assurance contre les dangers que court ou que croit courir le prêteur. Chacun de ces éléments est essentiellement variable, et c'est ce caractère incontestable qui est invoqué contre la convenance d'une loi qui lui substitue une règle fixe et invariable. En effet, une pareille règle ne peut que favoriser le capitaliste, au détriment de la classe des travailleurs. Car, de deux choses l'une, ou la loi a été rendue dans un moment critique ou dans une époque de prospérité commerciale.

Dans la première hypothèse, le taux de l'intérêt admis par la loi se ressentira des circonstances au milieu desquelles elle aura été promulguée, et sera nécessairement dans des hautes proportions. Mais la crise cessant pour faire place à un état prospère, le taux de l'intérêt ne sera plus en rapport avec la vérité des choses, et il ne cessera cependant pas d'être exigé ou adjugé par les tribunaux.

Dans la seconde hypothèse, le taux légal sera nécessairement bas, et une crise survenant lui fera perdre toute proportion avec le prix réel de l'argent. Mais qu'arrivera-t-il ? Ce que voici : les disposeurs ne se contenteront pas de cet intérêt, et ils exigeront des avantages occultes qu'on ne pourra leur refuser sans renoncer à leurs fonds, au moment précisément où le besoin s'en fera le plus vivement sentir.

C'est donc, dans tous les cas, les travailleurs qui seront lésés par l'effet d'une loi régulatrice. Cet inconvénient ne se produirait pas avec la liberté des transactions. Si cette liberté, en effet, permettait, dans la seconde hypothèse, aux capitalistes d'exiger plus, elle laisserait, dans la première, aux travailleurs la faculté de donner moins. On ne pourrait plus leur dire : Je ne vous demande que ce que la loi m'accorde.

Ces considérations incontestables accusent un mal réel et le remède indiqué serait décisif, si le législateur n'avait dû prendre en considération que ce qui intéresse le commerce dans l'acception légale et probe qu'il comporte. Oui, nous croyons que dans l'exercice honorable de cette honorable profession, la liberté serait plus favorable à l'équité et surtout plus conforme à la réalité des choses. Mais il est dans le commerce de très fâcheuses exceptions, et bientôt, sous l'apparence d'une industrie qu'on exploiterait comme pour se couvrir d'un masque, l'usure s'ouvrirait une large voie et porterait ses ravages dans tous les rangs de la société.

D'ailleurs, à côté du commerce assez bien placé pour discuter les prétentions des usuriers et pour se passer



d'eux au besoin, existe, ainsi que nous l'avons déjà dit, le commerce en petit, la classe des laboureurs, la petite propriété. Pour ceux-ci, il n'y a jamais des motifs pour la fluctuation des intérêts, car l'argent qu'on leur prête a pour garantie un modeste patrimoine que l'usure a bientôt englouti. Qu'i mporte à un riche négociant, à qui l'argent emprunté produit le vingt ou le trente, de payer dix à douze pour cent. L'opération est assez fructueuse pour qu'il consente à s'en contenter. Mais, comment voulez-vous appliquer une règle uniforme à ce négociant et à celui à qui un travail de tous le jours suffit à peine pour subvenir à ses besoins personnels et à ceux de sa famille ; à celui qui n'a d'autre ressource que le revenu chétif d'un modeste patrimoine dont l'entretien a été souvent l'unique cause de l'emprunt.

Or ceux-ci, remarquez-le bien, sont les plus nombreux. C'était donc justice, dans l'examen de la question de convenance, de se décider pour le parti qui devait surtout leur profiter, et c'est ce qu'avec raison a fait le législateur.

Maintenant, qu'on compare l'état de la France avant la loi de 1807, avec ce qui s'est réalisé depuis. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais, en définitive, il a cessé de progresser, il a même incontestablement diminué, sans qu'il en ait trop coûté au commerce. Quelle preuve plus décisive de la convenance parfaite de la loi.

Ainsi, à l'utilité, la législation réunit la convenance. Elle mérite donc l'approbation de tous. Aussi, lorsqu'en 1836 la chambre des députés fut saisie de la proposition de l'abroger pour en revenir à la liberté des transactions,

n'hésita-t-elle pas à repousser cette proposition que personne n'a renouvelée depuis.

1119. — Ce n'est pas au reste que nous considérions la loi de 1807 comme le dernier mot sur la matière qu'elle régit. Cette loi a pu rendre service au moment de sa promulgation et à d'autres époques critiques qu'elle a eu à traverser dans ses quarante années d'existence, mais elle porte avec elle le cachet de son origine.

En 1807, la France était heureusement sortie des cataclismes effrayants qu'elle venait de traverser, mais les affaires étaient encore bien loin de la prospérité qu'elles ont acquis depuis.

Aussi, des hommes de bonne foi, des financiers éminents, n'hésitent pas à considérer le taux de l'intérêt comme actuellement trop élevé. L'un d'eux, devant qui on parlait de l'intérêt légal, s'écriait, dites donc l'usure légale.

1120. — Quelle proportion y a-t-il, en effet, entre le revenu de l'argent à cinq pour cent et le revenu de la propriété foncière? Cependant leur corrélation intime intéresse, à un très haut degré, l'agriculture, dont la désertion est aujourd'hui le sujet de tant de réclamations, de regrets et de plaintes. Comment veut-on que les fonds se dirigent vers elle tant que l'argent pourra rendre ailleurs le cinq ou le six pour cent? Qui voudra abandonner ce produit assuré, n'exigeant aucun travail, pour chercher, après bien de dépenses, de peines et de



fatigues, un revenu de deux, deux et demi, trois pour cent tout au plus.

Ajoutons que l'un des éléments que nous avons vu concourir à la détermination du taux des intérêts, ne se rencontre pas dans les prêts civils. En général, ces prêts se font sous toute garantie. Il n'y a donc pas lieu d'accorder une prime d'assurance contre un danger qui n'existe que dans des proportions indéfinissables. Le cinq pour cent représente donc uniquement la valeur de l'argent, et, comme tel, il est exagéré. Comment est-il possible que le propriétaire puisse, avec un revenu de trois pour cent, payer cet intérêt, auquel viennent s'ajouter les frais d'enregistrement, ceux de timbre, ceux d'hypothèque, les honoraires du notaire, du courtier, etc...

1121. — L'exagération que nous reprochons au cinq pour cent en matière civile, nous la retrouvons dans le six pour cent en matière commerciale. La preuve de cette dernière nous est fournie par les faits se réalisant journellement au vu de tous. Le banquier qui ferait le six pour cent à ses disposeurs passerait pour un homme ruiné. Aussi ce qu'il paye c'est : en temps de crise, le cinq pour cent; en temps ordinaire, le trois et demi ou le quatre; en temps de prospérité, à peine le trois. Cependant, à quelque époque qu'il prête lui-même, il exige le six.

On tenterait en vain d'expliquer cette différence par des raisons tirées de la position particulière des banquiers. Nous convenons que l'argent qu'ils reçoivent

peut demeurer improductif dans leur caisse pendant un temps plus ou moins long: qu'ils ont à payer des frais considérables, des commis, des ports de lettre, une patente, etc... Nous avouons que pour tout cela il leur est dû une légitime indemnité. Mais, cette indemnité, ils la reçoivent par la faculté qu'ils ont d'exiger un droit de commission, d'escompte ou de change, de capitaliser trimestriellement les intérêts. Ils ne peuvent donc, sans vouloir se la faire payer deux fois, l'obtenir en outre sur la différence de l'intérêt.

Certes nul ne peut être incriminé de ce qu'il a le moyen de prendre au trois ou au quatre, ce qu'il donne au six. Tout ce que nous voulons induire de notre observation, c'est que la valeur réelle de l'argent n'est pas le six pour cent. Pour avoir celle-ci, il faudrait s'arrêter à ce que payent les maisons de premier crédit. Si elles donnent le trois ou le quatre pour cent, c'est que l'argent vaut à peine ce taux. Remarquons, en effet, que la prime d'assurance comprise dans le six pour cent, les maisons de premier crédit la supportent également, quoique sur des proportions moindres.

1122. — Un autre reproche à faire à la loi de 1807, nous est inspiré par l'exécution qui lui a été donnée, à savoir : d'autoriser la perception de l'intérêt commercial entre personnes non commerçantes et pour une opération qui n'a au fond rien de commercial. Il suffit, en effet, qu'un propriétaire, qu'un cultivateur souscrive une lettre de change, pour qu'il doive payer le six pour cent.

Ce résultat est surtout remarquable en ce sens que le prêteur, s'il portait son argent chez le banquier, recevrait le quatre pour cent. Mais, prêtant à un cultivateur, il reçoit le six. Ainsi, s'il consentait un prêt réellement commercial, il ne retirerait pas même l'intérêt civil ; il fait un prêt civil, il perçoit l'intérêt commercial. Singulière et étrangère anomalie !

Ce qu'on objecte pour la justifier, c'est que la souscription d'une lettre de change est un acte commercial. Mais cette objection a le tort de s'arrêter à la surface et de sacrifier le fond à la forme, la réalité à la fiction. Ce qui fait que la loi donne à l'intérêt commercial un taux plus élevé qu'à l'intérêt civil, c'est qu'elle suppose que la somme empruntée est immédiatement versée dans le tourbillon des affaires.[1] A cette présomption se rattachent deux idées qui justifient l'élévation de l'intérêt : 1° une idée d'un bénéfice considérable pour l'emprunteur ; 2° une idée d'un danger pour le prêteur dans la chance de perte que court le capital ainsi exposé.

Rien de pareil ne se réalise dans l'emprunt contracté par un propriétaire ou par un cultivateur. L'un et l'autre ne sont réduits à le faire que par des besoins qui n'ont rien de commercial, et c'est à satisfaire exclusivement à ces besoins que seront affectées les sommes empruntées. Les condamner à en supporter l'intérêt au taux commercial, c'est aggraver leur position sans nécessité, c'est leur imposer une charge sans qu'ils aient été jamais dans le cas de jouir de la chance favorable dans laquelle

[1] Art. 638 du Cod. de com.

le commerçant peut trouver une compensation à l'obligation qu'il assume.

On fait donc produire à la forme de l'acte un résultat que la loi semble avoir attaché à la qualité de la partie, cela est d'autant plus injuste, qu'en signant une lettre de change, le débiteur n'aura fait que céder à des exigences qu'il n'était pas maître de repousser. Le créancier imposera cette forme d'abord pour avoir six au lieu de cinq, ensuite pour obtenir la faculté d'agir par voie de contrainte par corps, ce qui est une garantie d'autant plus énergique que sa mise à exécution entraîne l'aliénation du bien dotal lui-même. On conçoit dès-lors que le créancier tienne à ce mode d'obligation, qu'il en fasse la condition du prêt, et qu'il se procure ainsi un surcroît d'intérêt avec un surcroît de garantie.

L'intérêt commercial est donc injuste, lorsqu'en réalité l'argent prêté ne doit point devenir le sujet d'opérations de commerce, c'est-à-dire lorsqu'il est impos-de rencontrer d'une part le danger de perte, de l'autre la chance d'un bénéfice considérable, éléments que la loi a pris en considération dans la détermination du taux de l'intérêt. Leur absence laisse donc l'intérêt commercial sans aucun motif plausible et devrait en conséquence en entraîner le refus.

1123. — Nous en dirons autant du cas où le prêt fait à un commerçant est entouré de garanties telles qu'on se met à couvert des chances de pertes, en regard desquelles l'intérêt a été porté à un taux plus élevé. C'est ce qui se réalise dans le prêt fait sur nantissement, et

dans celui qui ne se consomme que sur un crédit hypothécaire. Il n'y a pas, dans l'un et dans l'autre cas, ces chances aléatoires que l'idée du commerce entraîne, quelle que soit la condition future de l'emprunteur. Qu'elle se termine par une faillite, le prêteur rentrera dans ses fonds, il percevra même l'intérêt au six pour cent, il a donc un avantage sans avoir couru les dangers que la loi considère comme une juste compensation.

1124. — En résumé, nous avons prouvé que le législateur a le droit d'intervenir dans la détermination du taux des intérêts ; que l'exercice de ce droit, sans déraciner le mal, l'atténue en réalité et en ralentit les progrès ; qu'à ce double point de vue, cet exercice est utile et conséquemment convenable ; enfin que la loi de 1807 n'est plus aujourd'hui dans des justes rapports avec la vérité des choses, et que l'intérêt qu'elle consacre est trop élevé ; que, dans l'exécution qu'elle reçoit, on arrive à des anomalies qu'il importerait de faire disparaître. Puisse la juste réforme que nous signalons frapper enfin l'attention du législateur et lui suggérer des dispositions dont l'urgence ne saurait, à notre avis, être méconnue !

Mais, en attendant, la tâche du jurisconsulte étant d'accepter les lois telles qu'elles existent, nous allons nous livrer à la recherche de l'usure dans les nombreux et divers déguisements dont elle a soin de s'envelopper.

1125. — L'usure consistant à s'attribuer un bénéfice excédant le revenu légal de l'argent, il est évident qu'elle

ne saurait exister que dans le prêt. Mais cette condition essentielle n'aboutit fatalement qu'à ce résultat, à savoir : que les usuriers s'efforceront de déguiser leur opération sous l'apparence d'un autre contrat. Comment, en effet, se promettre un succès quelconque s'ils contractaient un prêt pur et simple? La quotité de l'intérêt, rapprochée du capital, trancherait immédiatement la question de la légalité du premier et amènerait sûrement la répression de l'usure. Les dangers de cette franchise en font concevoir l'impossibilité. L'usure veut réussir, et, pour cela, il lui faut tout d'abord faire illusion sur l'acte même qui la cache.

1126. — Les questions d'usure seront donc des questions d'interprétation de l'intention des parties, il faudra presque toujours délaisser le texte de la convention pour en rechercher l'esprit. Quels seront les éléments de cette recherche? C'est ce que nous allons apprécier suivant la nature apparente du contrat; ce que nous devons dire tout d'abord, c'est que l'usure, avec une adresse infernale, sait se glisser partout, elle a même osé s'en prendre au contrat de mariage, c'est ce que nous apprend une espèce jugée, le 12 mars 1832, par la Cour de Riom.

1127. — En 1806, contrat de mariage du sieur Cheminat avec la demoiselle Mosnier. On constitue à la future une dot de 5,000 fr. payables dans un an avec intérêt au cinq pour cent jusqu'à cette époque, et avec intérêt au dix pour cent passé cette époque, la dot étant alors considerée comme un prêt d'argent.

En 1827, commandement du sieur Cheminat au sieur Mosnier pour avoir à payer, outre les 5,000 f., 9,250 f. pour les intérêts courus jusqu'alors, à raison de dix pour cent. Opposition fondée sur ce que les intérêts courus depuis la loi de 1807 ne sont dus qu'à raison de cinq pour cent. Jugement qui le décide ainsi.

Mais, sur l'appel, ce jugement est réformé, et les intérêt adjugés au taux du contrat de mariage.[1]

1128. — M. Dalloz, dans le sommaire dont il fait précéder l'arrêt, le résume dans cette proposition : On peut, sans qu'il y ait usure, stipuler dans un contrat de mariage des intérêts au-dessus du taux légal. Dans la note dont il l'accompagne, il lui reproche d'être, tout à la fois, contraire à la loi, à la lettre du contrat et à l'esprit des conventions matrimoniales.

Nous serions complètement de cet avis, si nous pouvions admettre que la Cour de Riom a réellement décidé en principe que la loi de 1807 doit rester sans application aux conventions matrimoniales.

Il est vrai que son premier motif paraît tendre à ce but, mais il est impossible d'isoler ce motif de l'espèce sur laquelle il est intervenu, et qui en explique nettement la portée.

Le contrat de mariage, soumis à l'examen des magistrats, portait la date de 1806. Or, à cette époque, on pouvait, dans un contrat de mariage, stipuler des intérêts au-dessus du taux légal, par l'excellente raison

[1] D. P. 32, 2, 50.

qu'on le pouvait dans tout autre acte. D'une part, en effet, la loi de 1807 n'avait pas encore été promulguée; de l'autre, l'article 1907 du Code civil permettait à l'intérêt conventionnel de dépasser l'intérêt légal toutes les fois que la loi ne le défendait pas, et aucune défense n'avait été faite avant la loi de 1807. Conséquemment l'appréciation de la Cour, au point de vue de la législation régissant le contrat, était parfaitement juridique, une solution contraire à celle par elle adoptée eût été infailliblement censurée par la Cour de cassation.

Donc cette décision devait non-seulement valider la stipulation, mais encore en ordonner l'exécution nonobstant la loi de 1807. Indépendamment du principe de la non rétroactivité des lois, le législateur de 1807 déclare expressément: *Qu'il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi.* Aussi a-t-il été admis en jurisprudence que, quel que fût le taux de l'intérêt, la convention des parties antérieure au 3 septembre 1807 devait recevoir son entier effet, après comme avant la loi de cette époque.

La seule modification admise consiste à restreindre la validité de la clause aux intérêts réglés par le contrat. A défaut de stipulation, ou si les intérêts n'ont été convenus que jusqu'à l'échéance, les intérêts courus depuis, sous l'empire de la loi de 1807, ne peuvent être exigés qu'au taux déterminé par celle-ci.[1] Or il est à remarquer

[1] Poitiers, 8 février 1825; — Cass., 13 juillet 1829 et 16 janvier 1837; — *Journal du Palais*, t. r, 1837, p. 506, — Bordeaux, 13 août 1829.

que, dans l'espèce jugée par la cour de Riom, les intérêts avaient été stipulés jusqu'à paiement effectif, l'époque de ce paiement étant laissée à la volonté exclusive du débiteur, sous ce rapport encore sa décision était irréprochable.

1129. — Pourrait-on décider de même dans une espèce postérieure à la loi de 1807? Non évidemment. La liberté des stipulations matrimoniales est l'objet d'un profond respect de la part du législateur, mais elle a des bornes, et ces bornes sont naturellement marquées par les convenances de l'intérêt public et des bonnes mœurs. A cet égard, l'article 1387 du Code civil s'en explique de la manière la plus expresse.

Or stipuler un intérêt supérieur au taux légal, c'est violer une loi formelle, c'est préparer les éléments d'un délit puni correctionnellement, c'est, en un mot, offenser la morale et l'ordre publics. Une pareille stipulation se trouverait donc dépourvue de tout lien légal et ne saurait conséquemment produire aucun effet.

Le caractère d'illégalité ne saurait être purgé que si la loi de 1807 eût formellement excepté le contrat de mariage de l'application de ses dispositions. Or, non-seulement cette exception ne s'y rencontre pas, mais elle est encore repoussée par la généralité de ses termes. De plus, une pareille exception eût été quelque chose de monstrueux aux yeux de la morale. Conçoit-on quelque chose de plus odieux que l'autorisation donnée à un fils d'usurer son père et de le conduire ainsi à une ruine complète? Remarquons en effet que la barrière levée, il

n'y a pas de raison pour qu'on ne stipule pas le vingt, le trente, le cinquante pour cent. En effet, les mêmes motifs, justifiant le chiffre le moins élevé, justifieraient le taux, quel qu'il fût, et le cinquante pour cent, là où l'on admettrait comme tel le sept ou le dix pour cent, deviendrait très licite.

Eh! tout cela de père à fils! Tandis qu'on ne saurait exiger d'un étranger une obole de plus que le taux légal, on puiserait dans les liens sacrés de la nature et du sang la faculté de dévorer la substance de sa propre famille et de ruiner son avenir! Non, une pareille monstruosité ne pouvait être consacrée, elle ne se discute même pas.

Tenons donc pour certain que la prohibition de la loi de 1807 concerne le contrat de mariage comme tous les autres contrats. La stipulation d'un intérêt supérieur au taux légal qu'il renfermerait resterait non-seulement sans efficacité pour l'avenir, mais encore pour le passé et pour le présent. Ce qui, dans les paiements opérés, dépasserait le taux légal serait sujet à répétition ou à imputation.

1130. — Une difficulté beaucoup plus sérieuse est née à l'occasion des droits que l'usage autorise les banquiers à prélever dans les négociations constituant leur industrie. Ces droits sont :

1° La commission; 2° l'escompte; 3° le change.

1131 — La commission est le salaire dû au banquier pour prix de ses peines et soins, pour l'indemnité de l'obligation dans laquelle il est d'avoir toujours en caisse

des sommes suffisantes pour pourvoir aux besoins même imprévus du commerce. Le banquier n'est pas seulement un capitaliste disposant de ses fonds, il doit se procurer ailleurs ce qui est nécessaire pour l'exploitation de son industrie. Il a dans cet objet un comptoir dont il doit payer le loyer, des commis qu'il salarie, une patente à supporter, des frais de correspondance et autres à satisfaire. Tout cela, dit M. Troplong, explique la légalité du salaire qu'il exige en sus de l'intérêt légal.[1]

1132. — L'escompte est la somme prélevée par le banquier lorsqu'il fournit de l'argent comptant contre une créance à terme. Ce prélèvement se règle proportionnellement à la perte que le papier éprouve et au délai à courir jusqu'à l'échéance du titre négocié.

1133. — Enfin le change est l'indemnité exigée pour l'achat au comptant d'une créance à recouvrer sur une autre place : *Emptio venditio pecuniæ absentis, pecunia præsenti.*[2] Le taux de cette indemnité se calcule ordinairement sur la position de la place où la négociation s'opère, relativement à celle où le paiement doit être effectué.

1134. — Les plus simples notions de l'équité, les nécessités réelles du commerce semblent placer la légalité de ces droits au-dessus de tout reproche. Il est

[1] Du *Prêt*, n° 382.
[2] Scaccia, § 1, *Quest.* 4, n° 21.

évident en effet que celui qui se livre au commerce de la banque, qui en brave les périls, qui en supporte les dépenses, doit rencontrer dans son exploitation non-seulement l'intérêt intégral de son argent, mais encore le remboursement de ses frais, mais enfin le revenu des peines et soins qu'il prend personnellement, *et in summa*, dit l'auteur italien que nous venons de citer, *non convenit ut mercator, qui dat pecuniam præsentem pro pecunia absenti, ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem.*

Cependant des auteurs graves, tout en admettant leur existence, en ont contesté la légitimité, en tant que leur taux dépasserait celui de l'intérêt légal. La commission, l'escompte, le change, ont-ils dit, ne sont qu'un intérêt conventionnel, ils ne peuvent donc, dans aucun cas, atteindre à des proportions autres que celles fixées par la loi de 1807; en tolérer d'autres, c'est autoriser l'usure.[1]

1135. — Il ne faut pas que la haine de l'usure fasse méconnaître ce que la justice exige. Or la définition que nous venons de donner des droits alternativement perçus par les banquiers, en justifiant leur légitimité, repousse également l'objection faisant le fondement du reproche que nous combattons. Non, la commission, l'escompte et le change ne peuvent être assimilés à l'intérêt. Celui-ci, nous venons de le dire, est le loyer de

[1] Chardon, t. III, n° 489; — Duvergier, n° 295 — Fremery, *Etudes sur le droit comm.*, p. 80.



l'argent. Il est dû par cela seul qu'il y a prêt, quels que soient le caractère et la profession de celui qui le consent. C'est ainsi que le simple capitaliste, prêtant sous la forme commerciale, retirera le taux de l'intérêt commercial, c'est-à-dire le six pour cent.

Mais, nous venons de le dire, le banquier n'est pas seulement un capitaliste, il exerce en outre le commerce dans toute l'acception de ce mot. Son industrie est d'acheter et de vendre de l'argent ou des valeurs. Cette industrie consomme d'abord tous ses moments, lui impose des frais considérables, une correspondance fort étendue, l'expose à de nombreux sinistres.

En fait, encore, l'exercice de cette industrie est d'une utilité incontestable pour le commerce. C'est chez lui que toutes les branches d'industrie trouvent les ressources nécessaires, dans tous les temps, à toutes les époques, alors même que les capitalistes, effrayés par les crises commerciales ou politiques, s'empressent de retirer et de resserrer leurs fonds.

Il faut donc, pour cet auxiliaire aussi puissant qu'indispensable, l'éventualité d'un bénéfice de nature à l'encourager dans l'exercice de sa délicate profession. Sera-ce dans l'intérêt légal qu'il la rencontrera? Mais, cet intérêt, il le percevra par le simple placement de ses fonds, pour lesquels il pourra de plus exiger des garanties que la rapidité des opérations commerciales ne lui permet pas de demander, et, si on veut le réduire à cet intérêt seul, il se hâtera de prendre la place qu'on lui fait réellement.

Car, chose remarquable dans l'opinion que nous com-

battons, c'est qu'en mettant le banquier sur la même ligne que le capitaliste, on lui fait une position pire que celle du simple prêteur. Celui-ci, en effet, profitera intégralement du six pour cent qu'il est autorisé à exiger. Le banquier, au contraire, sera obligé d'en distraire d'abord l'indemnité de ses frais de loyer, de bureau, de patente, de correspondance, le salaire de ses commis. En réalité donc, il ne profitera pas de ce six pour cent auquel on veut, dans tous les cas, le réduire.

Que résultera-t-il de cet état d'infériorité marquée? C'est que le commerce de la banque sera déserté; que celui qui pourrait s'y livrer préfèrera demeurer simple capitaliste et s'exonèrera ainsi des tracas et du danger des affaires, de la nécessité d'y consacrer son industrie dont le produit augmentera l'intérêt intégral qu'il retirera de son argent; des chances nombreuses que présente le chapitre des faillites.

Cette désertion porterait un coup funeste au commerce et à l'industrie, et c'est pour la prévenir, autant que pour obéir à une idée de justice, que de tous les temps on a autorisé le banquier à percevoir une légitime indemnité au-delà de l'intérêt légal. Ainsi, sous notre ancienne législation, alors que le prêt à intérêt n'était permis qu'avec l'aliénation du capital, on ne contestait en aucune manière la commission qu'exigeaient les banquiers. Depuis le Code, ce droit n'a cessé d'être proclamé par la jurisprudence.

Ce qui est vrai pour la commission, ne saurait ne pas l'être pour l'escompte et pour le change. On ne saurait voir dans le premier un intérêt conventionnel, car, pour

qu'il y ait intérêt, il faut qu'il existe un prêt. Or l'escompte, ainsi que l'enseigne la doctrine, est plutôt un achat qu'un prêt.

Dans le prêt ordinaire, en effet, le prêteur n'a pas pour objet de se procurer un titre qu'il revendra luimême quelques jours après. S'il donne son argent, c'est pour en retirer l'intérêt, c'est pour attendre l'époque de l'exigibilité qui le fera rentrer dans la possession de son capital. Le banquier, au contraire, n'escompte le titre que pour le revendre, et il court la chance soit de ne pouvoir le faire, soit d'être obligé de le faire d'une manière onéreuse.

De plus, et dans la première hypothèse, qui sait si, à l'époque du paiement, le capital qu'il recevra vaudra pour lui le capital qu'il donne au moment de l'opération? Il peut se faire, en effet, qu'au moment du remboursement, les affaires éprouvent de la stagnation; qu'il y ait peu d'escompte à faire et qu'il soit conséquemment obligé de garder oisifs dans sa caisse des fonds qu'il aurait, huit jours plus tôt, placés à des conditions avantageuses. Ce sont là des chances qu'un banquier prudent ne doit pas négliger et dont il est juste de lui tenir compte.

1136. — On ne peut donc voir dans l'escompte un intérêt conventionnel. Il n'est en réalité qu'un achat du titre, achat soumis à de telles chances aléatoires qu'il suffirait de ce caractère pour l'affranchir de l'application de la loi de 1807. Ces chances consistent dans l'époque de l'échéance encore plus ou moins éloignée, dans la

difficulté de la revente, dans les dangers que court l'acheteur; dans l'incertitude de l'état des affaires au jour du paiement. Ainsi, observe M. Troplong, l'échéance qui précède une foire est plus avantageuse que celle qui arrive après que la foire est fermée. Gardons-nous donc de méconnaître toutes les circonstances aléatoires d'où naît une chance appréciable, distincte de l'intérêt et susceptible de vente.[1]

1137. – Le change, à son tour, n'est à proprement parler qu'un escompte, à cette différence : que le titre faisant l'objet de celui-ci peut être payable sur place, tandis que le change ne peut exister qu'en tant que la valeur négociée est payable dans un autre lieu que celui où s'opère la négociation. Dès-lors, les motifs qui justifient l'escompte justifient le change dans lequel non plus on ne saurait voir un intérêt conventionnel.

Une raison spéciale au change, c'est que le paiement devant nécessairement s'opérer dans un lieu plus ou moins éloigné du domicile du banquier, celui-ci doit être autorisé à percevoir une indemnité suffisante pour les peines et soins, pour les dépenses qu'occasionnera l'obligation d'aller chercher ce paiement sur une autre place, et le danger que présente le voyage que l'argent doit faire du lieu du paiement au domicile du banquier, *quia emens monetam absentem, debet majora onera et pericula subire, in eam conducendo.*[2]

[1] Du *Prêt*, n° 375.
[2] Scaccia, *Quest.*, l. 1, n° 424.



Un autre élément essentiel du change est la cherté du papier, résultant des opérations commerciales et de la position respective de la place où s'opère la négociation et de celle où doit s'effectuer le paiement. Supposez que des négociants de Lyon aient à payer de fortes sommes à Paris ou à Marseille, le papier sur ces dernières places sera fort recherché, car les débiteurs préféreront envoyer des valeurs plutôt que d'expédier des espèces, ce qui coûte beaucoup plus et offre plus de dangers. Dans le cas contraire, si les Lyonnais ont à recevoir de Marseille ou de Paris, le papier sur ces deux places sera nécessairement délaissé. Dans le premier cas, le change sera moins élevé que dans le second, car le défaut d'emploi rendra celui-ci onéreux pour celui à qui on offrira de négocier. Dans l'un et dans l'autre cas, il est évident que l'opération n'affecte en rien les formes d'un intérêt conventionnel.

Il est vrai que dans l'escompte comme dans le change, le cédant reste ordinairement garant du paiement par l'endossement qu'il souscrit en faveur du cessionnaire. C'est le cumul de cette garantie et de celle des divers signataires qu'on met en avant pour refuser toute indemnité au-delà de l'intérêt légal. A cette objection de M. Fremery, M. Troplong répond : que ces garanties accumulées ne sauraient prévaloir sur les raisons décisives qui militent en faveur de l'indemnité. Les garanties peuvent échapper, et l'on voit tous les jours les meilleures signatures devenir mauvaises. Ces fréquentes non-valeurs, auxquelles est exposé le commerce de la banque, ne sont-elles pas une preuve qu'un doute rai-

sonnable peut peser sur la chose jusqu'au paiement, et que, dès-lors, le banquier a droit d'en être indemnisé? Ajoutez que le banquier doit faire les diligences pour le recouvrement; qu'il est responsable d'une complaisance, d'un retard, d'une omission.[1]

1138. — Ainsi se trouve légalement justifiée, dans son origine, la perception des droits de commission, d'escompte et de change. Mais, il faut le reconnaître, ces diverses opérations se prêtent merveilleusement à favoriser l'usure. Il convient donc que l'attention des tribunaux, constamment excitée, ne cesse de veiller à leur sincérité, et de proscrire avec sévérité tout ce qui ne ferait qu'emprunter leur forme pour déguiser une opération usuraire.

1139. — L'appréciation de la vérité, en matière d'escompte, reconnaît un élément essentiel dans le taux auquel il a été opéré. Nous venons de voir que celui du change dépend des circonstances pouvant être vérifiées, il en est à peu près ainsi de celui de l'escompte. L'abondance ou la rareté des espèces, la date plus ou moins reculée de l'exigibilité exercent une grande influence sur la détermination, c'est donc au cours du moment qu'il convient de s'en référer. Celui qui n'aurait retiré que ce que l'usage commercial lui permettait, se placerait, à l'endroit de son opération, à un point de vue favorable.

[1] Du *Prêt*, n° 375.



1140. — Une seconde condition non moins essentielle, c'est qu'il s'agisse d'une opération réellement susceptible d'escompte, c'est-à-dire d'une cession d'un titre. Cette condition est difficile à saisir, lorsque la valeur escomptée émane directement de celui qui la présente à l'escompte. Rien ne sépare plus ce contrat d'un prêt ordinaire, et l'opération de banque n'est guère présumable lorsque la partie ayant besoin d'argent va trouver l'autre, et, en échange des sommes qu'il en reçoit, lui remet un titre qu'elle souscrit.

Aussi, dans plusieurs circonstances, n'a-t-on vu dans cette opération qu'un simple prêt excluant toute idée d'un escompte sérieux, et ne pouvant, sous peine d'usure, produire autre chose que l'intérêt légal, et cette appréciation a reçu la sanction de la Cour de cassation.[1]

Une appréciation contraire a été adoptée par la Cour de Paris, le 18 janvier 1835, et par la Cour de cassation, le 10 avril 1840.[2] Ce qui explique la contradiction entre ce dernier arrêt et celui de 1830, c'est que les questions de cette nature donnent lieu à des arrêts, non de doctrine, mais d'espèces. En effet, tout s'y résout dans une difficulté de fait, pour la solution de laquelle les Tribunaux et Cours ont une latitude souveraine. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 février 1830, rejetant le pourvoi : « Attendu qu'il « suit des faits constatés par les juges du fond, *à qui « l'appréciation en appartenait exclusivement*, qu'il a

[1] 19 février 1830; — D. P. 30, 1, 130.
[2] D. P. 40, 1, 411.

« été fait une juste application de la la loi du 3 sep-
« tembre 1807. »

Le fait présente bien moins de doute, lorsque les valeurs négociées, étant souscrites à l'ordre de celui qui les offre à l'escompte, sont par lui endossées au banquier qui les accepte. L'opération est alors certaine et le droit d'escompte légalement prélevé. On pourrait, dans ce cas, en obtenir la réduction s'il avait été stipulé au-delà du taux de la place, mais jamais le faire intégralement supprimer sous prétexte d'usure.[1]

1141. — La difficulté que nous signalons pour l'escompte s'offre également pour le change, lorsque la lettre de change est tirée par celui qui la négocie. Mais, dans cette hypothèse, il se présente un élément de nature à exercer sur la solution une grave influence, à savoir : si le tiré est réellement débiteur au moment de la création du titre. L'affirmative fixe la vérité des choses en établissant la réalité du contrat de change. Il importe fort peu, en effet, pour sa perfection, que la lettre de change soit souscrite ou non par le débiteur, il suffit que la somme pour laquelle elle est tirée soit due et payable dans un autre lieu que celui de la négociation. Or, c'est ce qui se réalise lorsque le tiré est réellement débiteur du tireur.

Si, au contraire, le tiré ne doit rien, s'il n'a jamais rien dû, son nom ne figure que pour la perfection du titre, et rien ne distingue plus cette opération d'un sim-

[1] Cass., 8 et 26 août 1826, 16 août 1828.

ple prêt sous forme d'une lettre de change. Les juges peuvent ne voir dans la prétendue négociation qu'une simulation employée pour couvrir une usure déguisée et réduire, conséquemment, les droits du créancier à la perception de l'intérêt légal. Mais ce résultat ne saurait être obtenu que si l'absence d'un tiré sérieux avait été connue du banquier. L'ignorance réelle dans laquelle on l'aurait laissé à cet égard le constituerait en état de bonne foi et légitimerait son opération.

1142. — Ce qui constitue la lettre de change, c'est l'existence du contrat de change consistant à recevoir dans un lieu une somme d'argent qu'on s'engage à payer ou à faire payer dans un autre lieu. La supposition de place faisant disparaître ce caractère essentiel, la lettre de change qui en est viciée n'est plus qu'une obligation ordinaire, ne pouvant donner lieu au droit de change.

Il en serait autrement si la supposition de lieu n'avait pas empêché le contrat de change. Ainsi, un négociant de Marseille, en relation avec un négociant de Lyon, lui adresse des lettres payables sur Marseille même. Il est évident que ces lettres, quoique datées de Lyon, ont été réellement tirées de Marseille, et qu'étant payables à Marseille même, il n'y a pas, en réalité, de contrat de change.

Mais si les lettres de change n'ont été envoyées à Lyon que pour y être négociées et qu'elles l'y aient été réellement, il importe fort peu qu'elles contiennent supposition de lieu, car l'argent aura été retiré à Lyon pour



être payé à Marseille. Le contrat de change existe donc d'une manière certaine. Le droit de change sera, conséquemment, acquis par leur négociation.

1143. — C'est ce que la Cour d'Aix a jugé dans l'espèce suivante : De 1817 à 1820, Paraize, d'Avignon, avait fourni plusieurs lettres de change datées de Marseille sur Blavet, d'Avignon, et à l'ordre de Roussier, de Marseille, à qui Paraize adressait ces effets. Lors du règlement, Paraize prétendit que Roussier avait exigé, pour la négociation des traites, un intérêt excédant le six pour cent, intérêt qu'il déguisait sous le nom de frais de change et de rechange, bien qu'il ne fût fait aucune opération semblable, en ce que les traites ne contenaient réellement aucune remise de place en place ; qu'elles avaient été tirées d'Avignon et non de Marseille, et que Blavet, tiré, n'avait servi qu'à masquer une opération usuraire. En conséquence, Paraize forme une demande en répétition d'une somme de 3,335 fr., montant de ce qu'il a payé en sus de l'intérêt légal.

21 juin 1821, cette demande est repoussée par le tribunal de commerce de Marseille, sur les motifs suivants :

Considérant qu'à la vérité il y a eu supposition de lieu dans les traites fournies par Paraize, qui les datait de Marseille tandis qu'il demeurait à Avignon ; mais que ces effets étaient par lui envoyés à Marseille, où ils devaient être négociés par Roussier ; qu'ainsi ces effets, à cause de la supposition de lieu, dégénéraient en mandat

dont la négociation donnait également lieu à la perception du change; qu'il suffit, en règle générale, que la négociation de l'effet soit faite sur place tierce et qu'il y ait remise de place en place pour que le contrat de change subsiste; qu'il y ait, par conséquent, lieu à change.

Appel ayant été émis de ce jugement, la Cour d'Aix le confirme purement et simplement, avec adoption des motifs, par arrêt du 6 mai 1823. Cet arrêt ayant été déféré à la Cour suprême, le pourvoi fut rejeté par elle le 8 novembre 1825.[1]

1144. — A son tour, le droit de commission a soulevé bien de difficultés. Nous avons dit que ce droit puisait ses éléments dans les peines et soins que se donnait le banquier et dans son obligation d'avoir toujours en caisse des fonds disponibles. De là, on avait conclu que cette obligation n'existant réellement qu'à la suite d'un crédit ouvert obligatoire, le droit de commission ne devait être accordé qu'en tant que l'avance faite n'était que l'exécution de ce crédit; qu'on devait le refuser conséquemment lorsqu'il s'agissait d'un prêt purement éventuel.

Cette conclusion n'était ni exacte, ni juste. Sans doute, l'ouverture d'un crédit justifie le droit de commission, car, à quelque époque que la demande de fonds par le crédité se réalise, le banquier est tenu d'y satisfaire. Il doit, de plus, recevoir toutes les fois qu'il plaît au cré-

[1] J. D. P., année 1825.

dité de rembourser, et l'on peut facilement comprendre que, prenant lorsque l'argent est cher, le crédité s'empressera de rendre lorsqu'il sera bon marché, ce qui, indépendamment de l'obligation d'être sans cesse en mesure de satisfaire aux demandes, grève le banquier d'une charge résultant soit d'un défaut de remploi immédiat des fonds rendus, soit de la nécessité de les placer à un bénéfice moindre que celui qu'il trouve chez le crédité.

Mais, de ce que la commission est parfaitement justifiée dans cette hypothèse, s'ensuit-il qu'on doive la refuser partout ailleurs, alors même que des raisons tout aussi décisives viennent militer en sa faveur? Nous ne le pensons pas, et cette opinion est celle qui a, en définitive, prévalu et qui devait justement prévaloir.

Or, les raisons qui doivent, dans les cas ordinaires, faire admettre le droit de commission sont celles que nous avons exposées en recherchant la légalité et la légitimité de ce droit. C'est la position du banquier, voué à la vente et à l'achat de l'argent, obligé de consacrer à cette branche du commerce tout son temps, toute son industrie, qu'on ne saurait, sans injustice, condamner à demeurer improductive ; ce sont ses nombreuses et considérables dépenses, la grave responsabilité qu'il encourt, les dangers auxquels il s'expose.

Le réduire à la position d'un simple capitaliste, c'est, avons-nous dit, le placer, par rapport à celui-ci, dans un état d'infériorité marquée. Indépendamment de ce que le capitaliste n'a ni bureaux, ni commis, ni patente, ni correspondance obligée, les prêts qu'il consent ne

sont que des actes plus ou moins rares, ne faisant aucun obstacle à ce qu'il applique son industrie à d'autres objets et qu'il profite des émoluments qui s'ajouteront à l'intérêt intégral de ses fonds. Enfin, il peut choisir son moment et son homme, et il est certain qu'il ne prêtera qu'à celui qui lui offrira une incontestable solvabilité.

Il n'en est pas de même du banquier. Sans doute, il n'est pas obligé de prêter à tout venant; mais ce dont il doit se contenter, c'est de la solvabilité commerciale. Exiger autre chose, agir avec la même circonspection, avec la même prudence que le capitaliste, ce serait se condamner à périr bientôt par le trop plein de caisse. Il doit donc s'en rapporter à l'apparence, en courir les hasards, et l'on sait combien ils sont chanceux.

En cet état donc, le réduire à ne pas trouver dans le droit de commission une juste compensation, ne lui accorder que ce qu'on accorde à un capitaliste, ce n'est pas agir avec cette rigoureuse justice qu'on doit également à tous.

On reproche aux banquiers les bénéfices que certains d'entre eux réalisent. Mais combien d'autres que la perception du droit de commission, d'escompte et de change n'a pas préservés d'une ruine complette! D'ailleurs, il en est du banquier comme de tout autre négociant, on ne peut exiger de lui, suivant l'expression de Scaccia : *Ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem.* Il ne travaille que pour son propre avantage, que pour se procurer un honnête et légitime bénéfice.

Toutes les fois donc que le banquier fait un acte de

son commerce, il doit, dans de justes limites, percevoir l'émolument dont cet acte est susceptible. Or, comme ce commerce consiste à livrer des fonds aux emprunteurs commerçants ou non, la commission est due par cela seul qu'il y a eu des fonds versés par lui.[1]

Nous avons dit nous-mêmes qu'en l'état de notre législation, les charges des travailleurs obligés d'emprunter sont trop onéreuses. Mais nous avons indiqué la manière dont on pourrait user pour les amoindrir; qu'on diminue l'intérêt de l'argent, on le peut, on le doit, car cet intérêt n'est plus aujourd'hui dans des proportions vraies avec le prix de l'argent. Mais, puisqu'on recule devant ce moyen, il ne nous paraît pas possible qu'on lui en substitue un autre qui ne consacrerait, en définitive, qu'une évidente injustice et qui compromettrait l'existence du commerce lui-même, en rendant impraticable la profession de banquier.

1145. — Les usages commerciaux ont introduit une notable exception au principe consacré par l'article 1154 du Code civil. Aux termes de cette disposition, les intérêts ne peuvent être capitalisés qu'après l'année révolue. Dans le commerce, cette capitalisation résulte du règlement des comptes, et ce règlement est tantôt semestriel, tantôt il s'opère chaque trois mois.

[1] Nous ne pourrions citer tous les arrêts qui l'ont ainsi décidé et qu'on peut d'ailleurs consulter dans les recueils de jurisprudence. On pourra se convaincre, en les vérifiant, que c'est à notre solution que la jurisprudence paraît se fixer.

1146. — Les effets de l'anatocisme sont certains. Les intérêts capitalisés produisent, à leur tour, des intérêts, cela n'a jamais été douteux. Mais la commission, prise sur chaque avance partielle, est-elle due pour le reliquat du compte dont le banquier reste créditeur et qu'il reporte à nouveau sur le compte ultérieur?

Pour l'affirmative, on a dit: La balance du compte en rend le reliquat immédiatement exigible, de là, pour le banquier, le droit d'en exiger paiement, et pour le débiteur l'obligation de le réaliser. Or, si ce paiement était effectué, les sommes que le banquier fournirait après, et le jour même de ce paiement, donneraient droit à la commission. Pourquoi donc la convention, par laquelle ce paiement et l'avance nouvelle se réalisent fictivement, ferait-elle obstacle à sa perception?

Ce qui peut résulter du refus, c'est que le créditeur exige le paiement réel et restreigne ainsi l'existence du compte-courant au grand détriment du commerce. Il aura intérêt à en agir ainsi, car les sommes qu'il recevra, confiées à d'autres, au débiteur lui-même, lui procureront cette commission que la prolongation du compte lui enlève.

Ainsi, le créditeur pour solde contraindra le débiteur à le payer, ce qui pourra avoir pour celui-ci les inconvénients les plus graves, car il peut avoir, lui, un intérêt évident à la continuation du compte. En l'état de cet intérêt opposé, il est facile de prévoir ce qui se réalisera : les parties simuleront un paiement effectif, et, quelques jours après, un nouveau compte s'ouvrira, et la somme prétendue payée en composera les premiers



articles, non plus à titre de report, mais comme avance nouvelle sur laquelle le prélèvement du droit de commission sera incontestable.

On arrivera donc, par un moyen détourné, au résultat qu'on ne permet pas d'atteindre d'une manière directe, et cela, au détriment de la vérité et de la dignité du commerce. En fait, cependant, celui qui n'exige pas une dette actuellement exigible, qui en proroge l'échéance, consent un véritable prêt et livre la somme aux chances éventuelles de la solvabilité du débiteur. Dès-lors, la commission qu'on ne conteste pas à celui qui livre réellement des fonds, devrait-on la contester à celui qui laisse en mains de son débiteur ceux qu'il pourrait le contraindre à lui restituer? Est-ce que le commerçant ne trouve pas dans la prorogation le secours qu'il demanderait à l'emprunt?

M. Pardessus paraît ne pas admettre que la question soit douteuse. En effet, après avoir enseigné que le règlement du compte en capital et intérêt fait produire au solde des intérêts nouveaux, cet éminent jurisconsulte ajoute : On peut, outre cet intérêt, percevoir un salaire pour commission, sans que cela soit considéré comme intérêt usuraire. [1] Telle est aussi l'opinion de MM. Devilleneuve et Massé. [2]

Le Cour de cassation avait décidé, le 19 décembre 1827, conformément à cette doctrine, en validant une commission de trois quarts pour cent portant sur

[1] *Cours de droit commercial*, n° 475.
[2] *Dict. du contentieux comm.*, v. *Compte-courant*, n° 15.



les soldes des comptes partiels.[1] Un autre arrêt du 11 avril 1840 admet plus formellement encore la faculté de faire porter la commission sur les soldes.[2]

Mais le contraire a été décidé par plusieurs Cours d'appel et notamment par celle de Grenoble, le 31 août 1839, et par celle de Douai, le 20 février 1841. L'arrêt de la première juge que la commission ne doit être perçue qu'une seule fois pour chaque négociation; l'arrêt de la seconde n'admet ce droit qu'en tant qu'il y a eu décaissement de fonds de la part du banquier, ce qui, dit la Cour, ne se réalise pas dans le report à nouveau du solde du compte ou dans le renouvellement des billets à leur échéance.[3]

La Cour de cassation elle-même paraît être revenue sur sa jurisprudence, en décidant, le 2 juillet 1845, que le droit de commission, appliqué par les banquiers aux avances qu'ils font, ne doit être perçu qu'une seule fois sur chaque somme; que, par suite, il ne peut être établi ni sur les intérêts capitalisés produits par ces avances, ni sur chaque reliquat des comptes arrêtés trimestriellement, et qui serait composé des avances antérieurement frappées du droit de commission.[4]

Notons que cet arrêt, émanant de la chambre civile, est diamétralement opposé à ceux rendus par la chambre criminelle les 19 décembre 1827 et 11 avril 1840; notons encore que ses motifs sont purement en droit.

[1] D. P., 28, 1, 64.
[2] D. P., 40, 1, 411.
[3] D. P., 40, 2 221; — J. D. P., t. II, 1841, p. 497.
[4] D. P., 45, 1, 314.

En effet, la Cour considère : « Que l'arrêt attaqué dé-« cide que le droit de commission, qui avait été relevé « sur la somme entière faisant le reliquat du compte, « ne doit porter ni sur les intérêts capitalisés qui ont « été compris dans ce reliquat, ni sur les avances de « fonds qui, déjà, avaient figuré dans un compte an-« térieur, mais que ce droit, qui ne peut être perçu « qu'une seule fois sur la même somme, ne saurait, par « conséquent, s'appliquer qu'aux sommes fournies de-« puis le compte précédent ; que, sans la distinction « admise par l'arrêt, il serait impossible d'atteindre « l'usure déguisée sous l'apparence du droit de com-« mission, en telle sorte qu'en matière d'avances de « fonds ou de prêts qui seraient successivement re-« portés dans plusieurs arrêtés de compte se liant les « uns aux autres, le prix de l'argent ne recevrait d'au-« tres limites que celles que les parties consentiraient à « lui donner, ce qui serait évidemment la subversion de « la loi du 3 septembre 1807. »

Voilà qui est clair, net et positif. Cependant, la même chambre civile a, le 23 juillet 1849, validé un droit de commission portant sur les soldes du compte, c'est-à-dire et sur les capitaux précédemment fournis et sur les intérêts capitalisés. Voici l'espèce de cet arrêt :

Des relations commerciales avaient existé, pendant de longues années, entre la maison Crémieu, Milhaud et Laroque, et M. Reynaud, marchand quincaillier, à Aix. Le compte-courant, arrêté annuellement, était au six pour cent réciproque. Une commission, convention-

nellement stipulée en faveur de la première, avait été fixée à un sixième sur les nombres.

Après paiement définitif, M. Reynaud, étant décédé, ses héritiers reviennent contre les divers règlements et demandent la restitution de la commission perçue sur les soldes. Un jugement du tribunal de commerce admet cette prétention : « Attendu que le droit de com-« mission ne peut être perçu qu'une seule fois sur cha-« que somme, et qu'en la prenant sur le solde de cha-« que règlement du compte porté à nouveau, la maison « Crémieu, Milhaud et Laroque, a non-seulement perçu « une double commission sur le solde du compte porté « à nouveau, mais encore un droit de commission sur « les commissions déjà payées. »

Appel par le maison Crémieu, et, 15 janvier 1844, arrêt de la Cour d'Aix qui réforme par les motifs suivants :

« Considérant que l'ouverture d'un crédit donne nécessairement lieu, entre le banquier qui l'accorde et le commerçant qui l'obtient, à de fréquentes opérations de banque et change ; que ces opérations autorisent à elles seules le banquier à percevoir, indépendamment de l'intérêt légal, un droit de commission ; mais que ce droit de commission représente encore la juste indemnité due au banquier : 1° à raison des chances auxquelles il est assujetti pour le paiement ou l'acceptation des traites et effets qu'il acquitte à la décharge de son débiteur ; 2° à raison de l'obligation à laquelle il s'est soumis de tenir constamment des fonds à la disposition du crédité, tant que dure le crédit ;

« Qu'il est donc évident que le droit de commission dérive de la nature des choses; que c'est par ce motif qu'il est généralement admis dans les usages du commerce, et qu'il est, en outre, confirmé par la doctrine des auteurs, consacré par la jurisprudence et reconnu par les héritiers Reynaud eux-mêmes dans les écrits qu'ils ont publiés au procès;

« Considérant que la loi de 1807, n'ayant pour objet que de régler le taux de l'intérêt de l'argent, n'est point applicable au droit de commission; que la quotité de ce droit n'est déterminée par aucun texte de la loi; qu'elle est réglée d'après les usages et la convention des parties, et qu'elle ne saurait être considérée comme constituant une perception usuraire, qu'autant qu'elle serait excessive ou que les opérations qui auraient donné lieu à la perception du droit de commission seraient fictives et couvriraient un intérêt excédant le taux légal;

« Considérant que la sincérité des opérations qui, dans la cause, ont donné lieu à la perception des droits de commission, n'est pas contestée; qu'il s'agit donc uniquement de rechercher si la perception elle-même n'a rien d'exagéré et si elle représente la juste indemnité due au banquier, sans qu'il soit besoin d'examiner le mode de perception qui a été suivi;

« Considérant, en fait, qu'il est établi, par les comptes remis chaque année au crédité, qu'indépendamment des sommes prises ou versées, une foule de remises et valeurs commerciales ont été respectivement données pour être encaissées ou reçues dans les diverses places, ce qui constitue de véritables opérations

de banque et de change donnant lieu au droit de commission;

« Que du relevé des opérations pendant les dix-sept années de durée du compte-courant, il résulte que le mouvement général du compte a été de **416,000** fr., et le chiffre total de la commission perçue, de **2,999** f.; que ce chiffre, eu égard au mouvement moyen et annuel de **24,500** fr., réduit la commission perçue à une moyenne de soixante-deux centimes pour cent francs;

« Considérant qu'une pareille commission, en présence des usages reçus, ne peut être taxée d'exagération; qu'en effet, au lieu du règlement trimestriel généralement pratiqué, les comptes n'ont été balancés qu'une fois l'an; que, de plus, la maison de banque débitait Reynaud, valeur de l'échéance des traites qu'elle aurait pu négocier à trente jours au pair, et que, pour les valeurs fournies sur ses correspondants, elle payait elle-même un droit de commission sans répétition contre Reynaud;

« Considérant que, accueillir en l'état de ces faits les réductions demandées par les héritiers Reynaud, ce serait refuser, à la maison de banque, la juste indemnité que les usages du commerce, consacrés par une jurisprudence constante, l'autorisaient à percevoir.[1] »

Certes, l'infirmation du jugement, en l'état des motifs l'ayant déterminé, et que nous avons transcrits, placent l'arrêt de la Cour d'Aix en contradiction flagrante avec l'arrêt rendu, le **2** juillet **1845**, par la Cour

[1] D. P., 44, 2, 198.

de cassation. Aussi, les héritiers Reynaud le frappèrent-ils d'un pourvoi, bientôt admis par la chambre des requêtes.

Mais, comme nous l'avons dit, et par arrêt du 23 juillet 1849, ce pourvoi fut rejeté par la chambre civile, qui, dès-lors, contrairement à son arrêt de 1845, admit que le droit de commission pouvait légalement porter sur les soldes de compte.

Comment expliquer cette contradiction? Par cette raison unique, à savoir : qu'en pareille matière, il n'y a pas, à proprement parler, de question de droit, tout se réduit à une appréciation de faits, pour laquelle, ainsi que la Cour de cassation le disait tout à l'heure, les juges du fond ont un pouvoir souverain. La Cour suprême, reconnaissant cette souveraineté, y obéit elle-même. Elle admet ou rejette les pourvois, selon que l'usure a été ou non reconnue.

Une pareille règle est on ne peut pas plus juridique. On doit incontestablement dire, avec la Cour d'Aix, que la loi du 3 septembre 1807 ne régit que le taux de l'intérêt; qu'elle n'est nullement applicable à la commission reconnue licite par tout le monde. Le taux de ce droit est donc laissé aux usages de la place ou à l'appréciation des parties elles-mêmes. Mais cette faculté ne saurait comporter une liberté illimitée, et de même que la vente, l'échange, la société, auxquelles la loi de 1807 est bien évidemment étrangère, peuvent cependant être entachées d'usure et annulées, de même l'usure peut prendre le manteau licite du droit de commission, et, dans ce cas, on ne doit pas hésiter à la réprimer. Dès-

lors, et quel qu'en soit le mode de perception, la commission prélevée s'est-elle renfermée dans des limites justes et raisonnables, elle doit être confirmée; a-t-elle été, au contraire, exagérée au-delà des usages commerciaux, elle n'est plus qu'une usure déguisée et, comme telle, on doit la réduire.[1] Or, une pareille appréciation ne peut appartenir qu'aux deux premiers degrés de juridiction.

En résumé, les questions relatives au droit de commission ne peuvent recevoir, en droit pur, une solution absolue. Sa perception déguise-t-elle ou non une usure? Telle est la véritable, la seule difficulté à apprécier. C'est ce qui fait que le mode suivi dans telle espèce sera réprimé, tandis que le même mode ne le sera pas dans telle autre. C'est ce qui rend également raison de la divergeance que nous signalions tout à l'heure dans la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même.

1147. — Nous venons de voir que, dans le commerce, on pouvait régler le compte-courant et, conséquemment, capitaliser les intérêts chaque trois mois. Cette faculté a été formellement reconnue par la Cour de cassation.[2] Mais pour qu'elle puisse être exercée, il faut : 1° que le compte existe de négociant à négociant. Les relations entre un commerçant et un non commerçant, quoique constatées par un compte-courant, ne peuvent être considérées comme commerciales, sur-

[1] Cass., 21 juin 1847; — D. P., 47, 1, 312.
[2] 10 novembre 1848.

tout à l'endroit de ce dernier. Elles restent donc régies, quant à l'anatocisme, par la disposition de l'article 1154 du Code civil;[1] 2° que le compte ait été réellement arrêté aux époques convenues. En l'absence du règlement trimestriel, on ne pourrait, lors d'un règlement ultérieur, arrêter le compte autrement que d'année en année. En effet, la capitalisation des intérêts n'est que la conséquence de leur exigibilité. Celle-ci ne peut résulter que de l'arrêté du compte aux époques convenues. Si le compte n'a pas été arrêté, il n'y a eu aucuns intérêts exigibles et partant susceptibles d'être capitalisés. On ne pourrait se prévaloir que de la capitalisation se réalisant à chaque fin d'année par la seule force de la loi. Rien ne peut même remplacer le règlement trimestriel, quant à l'exception à l'article 1154. Ainsi, il importerait peu que les relations eussent continué sur le même pied entre les parties, le compte deviendrait purement civil depuis le dernier règlement trimestriel. C'est ce que la Cour de cassation vient de décider en cassant un arrêt de la Cour de Paris, qui avait jugé le contraire.[2]

1148. — Au reste, il est rare qu'un compte-courant existe entre un banquier et un non commerçant; dans de pareilles relations, les avances du premier et la dette du second sont constatées par des effets à terme fixe. Si, à l'échéance, les parties se bornent à renouveler le

[1] Bourges, 5 juin et 18 décembre 1839; — D. P., 40, 2, 196.
[2] Cass., 14 mai 1850; — D. P., 50, 1, 157,



titre, le banquier peut-il prélever un droit de commission sur ce renouvellement?

Il y a entre le renouvellement d'un billet et le règlement du compte une telle assimilation, que les arrêts que nous venons de rappeler les confondent bien souvent. Conséquemment, il semble que, par une parité de raison, les règles tracées pour l'arrêté du compte doivent s'appliquer au renouvellement.

Cependant il y a, à notre avis, cette énorme différence que le banquier, qui fait un prêt à un non négociant, ne fait pas un acte de commerce. Que cependant, à cause de sa profession et pour se couvrir de ses frais, on lui alloue une commission à l'origine du prêt, on le comprend, mais qu'on lui permette de répéter cette commission à chaque renouvellement, c'est placer le non commerçant dans une position pire que le commerçant lui-même; car le compte-courant ne peut être réglé tout au plus que quatre fois l'an, et le solde peut en être réduit à des proportions minimes par les sommes qui auront été remboursées pendant le trimestre, tandis que le non commerçant devra, à chaque renouvellement, l'intégralité du billet qui, pouvant être à l'échéance d'un mois, pourra ainsi donner lieu à douze droits de commission par année.

Cet étrange et inique résultat doit nécessairement amener une autre appréciation que celle que nous venons d'exposer pour les relations de commerçant à commerçant, et nous allons voir que cette nécessité se justifie par des raisons décisives.

Le banquier qui traite avec un non commerçant fait



plutôt l'acte d'un capitaliste que celui d'un banquier. Il doit donc, quant à l'exécution à donner au prêt, occuper une position analogue à celle qui est faite à celui-ci.

On nous objectera sans doute ce que nous rappelions nous-même relativement au solde du compte-courant. Le banquier qui renouvelle, au lieu de se faire payer à l'échéance, consent un véritable prêt, car s'il exigeait son argent, et qu'il le plaçat ailleurs, il retirerait de nouveau le droit de commission. Mais cet argument perd de sa force lorsque, au lieu d'une dette commerciale, il s'agit d'une dette civile. En effet, le commerce vit de ponctualité et d'exactitude, à tel point que le moindre retard dans les paiements constituerait un motif pour faire déclarer la faillite. Celui-là donc qui traite avec un commerçant a le droit de compter sur un paiement réel et effectif au jour et à l'heure convenus, il peut même, dans cette prévision, avoir pris des mesures pour un nouveau placement des sommes qu'il recevra. Mais cette ponctualité n'est pas aussi rigoureusement exigée dans la vie civile; celui qui prête à un non commerçan peut facilement prévoir que les embarras qui motivent l'emprunt pourront exister encore au moment de l'échéance et mettront son débiteur dans la nécessité de demander un nouveau délai. Cette chance que le banquier a volontairement bravée, qui ne l'a pas empêché de distraire de son commerce la somme qu'il a prêtée, il doit en subir les effets.

D'ailleurs, les éléments du droit de commission ne se concentrent pas tous dans la personne et le caractère du banquier. Si les usages l'ont consacré, c'est également

sous le rapport de l'avantage que le commerçant trouve dans le crédit qui lui est fait. Le bénéfice qu'il est dans le cas d'en retirer allège, s'il ne la fait pas disparaître, la charge que le droit de commission lui impose. C'est dans ce sens que Scaccia enseigne que l'argent du commerçant vaut plus que celui du non commerçant : *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris.*

Cet élément essentiel du droit de commission manque absolument dans le prêt fait à un non commerçant. Il y aurait donc injustice à le placer sur la même ligne, quant aux charges, lorsqu'il ne l'est certainement pas quant aux avantages.

A notre avis donc, le banquier peut, en livrant des fonds à un non négociant, prélever un droit de commission outre l'intérêt légal. Mais ce prélèvement opéré, les obligations de l'emprunteur, quant à l'échéance, se réglant par des considérations autres qu'en matière de créance commerciale, tout ce qui est dû, en cas de retard, c'est l'intérêt légal. Le créancier ne peut donc exiger au-delà, sans se rendre coupable d'une véritable usure.

1149. — Dans les nombreux déguisements que revêt l'usure, il en est un fort difficile à saisir et, par cela même, très redoutable, c'est celui consistant à fondre la stipulation des intérêts avec le capital. Ainsi, un individu consent à prêter un capital de 20,000 fr., mais il exige le dix pour cent. Si une telle stipulation était inscrite ouvertement dans le contrat, son sort ne serait pas douteux, il faut donc la dissimuler. L'acte, en con-

séquence, mentionne ou que le capital prêté est de 22,000 fr. sans intérêts jusqu'à l'échéance d'une année, ou seulement de 21,000 fr. avec intérêts. On suit la même proportion selon que l'échéance est d'une ou de plusieurs années.

1150. — Dans l'un comme dans l'autre cas, la fraude est flagrante. Cependant comment la saisir sans recourir à une preuve testimoniale? Mais la demande qui en sera faite soulèvera immédiatement une double exception.

On se prévaudra d'abord de la disposition de l'article 1341, qui prohibe cette preuve outre et hors le contenu aux actes; on ajoutera ensuite: si l'acte est frauduleux, la fraude étant le fait commun des deux parties, l'une d'elles ne peut être admise à la prouver.

Mais l'usure, constituant une fraude contre une loi d'ordre public, déroge forcément aux principes ordinaires, et cette dérogation entraîne cette double conséquence: 1° l'inapplicabilité de l'article 1341; 2° celle de la maxime *nemo auditur turpitudinem suam allegans.* [1]

1151. — La seconde exception peut être tirée de la force de l'acte authentique, comme si cet acte constatait la réelle numération de l'intégralité de la somme portée dans l'acte. Cette indication de l'acte, dira-t-on, doit être crue jusqu'à inscription de faux, et ce préli-

[1] *Vid. infra*, n°s 1185 et suiv.

minaire non réalisé, la preuve testimoniale est inadmissible.

Cette exception devrait être accueillie si les faits à prouver, coarctés par la partie, étaient inconciliables avec les faits que le notaire aurait compétemment constatés, car l'usure elle-même ne saurait porter aucune atteinte à la foi due à l'acte authentique. Mais si, au contraire, les faits avancés ne contrarient nullement les indications de l'acte, s'ils tendent à prouver une simulation dont le notaire lui-même a pu être la dupe, en un mot, s'ils peuvent être vrais sans que ceux exprimés dans le contrat soient faux, la preuve testimoniale doit en être ordonnée, sans qu'on se soit préalablement inscrit en faux. C'est ce que la Cour de cassation a jugé dans une espèce où le contrat authentique, constatant la réelle numération, le débiteur articulait n'avoir rien emporté des sommes numérées. [1]

Ainsi, c'est par la preuve orale, c'est, conséquemment, par les présomptions qu'on pourra, dans notre hypothèse, prouver l'existence de l'usure. On ne serait tenu de s'inscrire en faux contre l'acte authentique que si on soutenait la fausseté de ses indications, par exemple, si on voulait prouver qu'il n'est pas vrai, comme le notaire l'indique, que les sommes aient été déposées sur le bureau et numérées au moment de l'acte.

1152. — La preuve de l'usure acquise, quelle en sera la conséquence par rapport à l'acte ? La Cour

[1] Chardon, *du Dol et de la fraude*, tom. III, pag. 259 et suiv.

d'Agen, par un arrêt du 17 août 1809, avait décidé que cet acte devait être annulé, d'abord pour violation de l'article 1907, en ce qu'il ne portait pas le taux auquel les intérêts avaient été stipulés, puisque ces intérêts cumulés avec le capital ne formaient avec lui qu'un seul tout; ensuite, comme reposant sur une cause fausse, résultant de ce qu'il renfermait un intérêt non exprimé et à un taux non fixé.

Mais cet arrêt a été cassé, le 29 février 1812, pour avoir mal à propos appliqué la loi de 1807, la convention étant antérieure à sa promulgation, et ne pouvant, dès-lors, être régie, quant au taux de l'intérêt, que par l'article 1907 du Code civil.

La Cour suprême devait s'arrêter à ce moyen péremptoire. Mais n'eût-il pas existé, que l'arrêt d'Agen n'en aurait pas moins été infailliblement cassé sous un autre rapport. Rien, en effet, dans la loi n'autorisait la nullité de l'acte reconnu usuraire. Tout ce qui pouvait légalement résulter de ce vice était ou la restitution, ou l'imputation des sommes illégalement perçues, ou la réduction de celles irrégulièrement prétendues. Les parties devant, dans le cas d'usure, être ramenées à la vérité des choses, il n'y a de possible que les moyens que nous indiquons et qui font suffisamment disparaître le préjudice dont se plaint le débiteur. Cette solution, appuyée par la raison, admise en doctrine et en jurisprudence, est d'ailleurs formellement écrite dans l'article 3 de la loi du 3 septembre elle-même.

1153. — Un autre mode employé pour déguiser

l'usure consiste soit à retenir, au moment du prêt, les intérêts convenus, soit à les stipuler payables en denrées.

La retenue des intérêts, payés même au taux légal, constitue une usure. Elle tend à conférer au créancier un bénéfice au-delà de l'intérêt, puisqu'elle lui procure la jouissance d'une somme qui ne peut lui appartenir légitimement qu'au jour où l'intérêt étant échu, elle devient sa propriété; elle porte un préjudice au débiteur, car l'intérêt, étant le prix de la jouissance du capital, n'est que la conséquence de cette jouissance devant porter sur ce capital intégral. Or, la retenue fait disparaître une partie de ce capital, qui n'est pas dès-lors réellement prêté en totalité, tandis que c'est sur cette totalité que l'intérêt est établi. En conséquence, le créancier perçoit un intérêt qui ne lui est pas dû, et le débiteur paye réellement au-delà du taux légal, il y a donc usure. [1]

1154. — L'exigence d'un intérêt en denrées remonte au seizième siècle. La prévision que le numéraire envoyé par le nouveau monde ne manquerait pas de faire hausser le prix des blés, vins, huiles et autres denrées, fit que quelques spéculateurs convertirent leurs rentes en rente en blés, et cette prévision ne fut pas trompée. [2] Depuis, cet intérêt, que Dumoulin qualifiait de périlleux pour les débiteurs, n'a pas manqué

[1] Rolland de Villargues, *Prêt à intérêt*, n° 20.
[2] Troplong, *du Prêt*, n° 393.

d'être exploité par ceux qui, voulant se procurer, malgré la loi, un avantage illégitime, s'ingénient à s'en procurer les moyens.

En conséquence, on stipule une quantité déterminée de denrées à livrer en échange du paiement des intérêts d'un capital quelconque. L'usurier a le soin de calculer cette quantité sur un prix tellement bas qu'il a d'avance la certitude que la denrée ne descendra jamais jusque là, et il s'assure ainsi un intérêt pouvant atteindre à des proportions énormes par la cherté de la denrée, au moment de l'échéance.

Ainsi la chance aléatoire, que cette opération paraît offrir, est d'avance fixée contre le débiteur, et ses résultats seraient aujourd'hui ce qu'ils furent autrefois, c'est-à-dire tellement désastreux qu'une ordonnance de Charles IX, de 1565, convertit à prix d'argent, et au taux légal du denier douze, toutes les rentes en blés. Cette ordonnance est-elle exécutoire encore en ce sens qu'on doive aujourd'hui convertir en argent et au denier vingt, tous les intérêts stipulés en denrées?

L'affirmative est soutenue par M. Chardon. L'édit de 1565, dit cet auteur, avait été abrogé par le décret du 5 thermidor an IV, mais celui-ci a été à son tour abrogé par la loi de 1807. D'autre part, les motifs qui existaient en 1565 existent encore, il y a donc nécessité de revenir à cette disposition.[1] Cette opinion s'étaye sur un arrêt de la Cour de Paris du 2 mai 1823.

[1] *Du Dol et de la Fraude*, n° 478.



Nous dirons, avec M. Troplong,[1] que cette doctrine repose sur une erreur de droit manifeste. La loi de 1807 n'exige qu'une seule chose, à savoir : que l'intérêt d'un capital prêté en argent ne s'élève pas à plus du cinq ou du six pour cent, selon que le prêt est civil ou commercial, mais elle ne prescrit aucun mode spécial pour le service de cet intérêt. Il dépend donc des parties d'en régler le paiement selon leur convenance, à la seule obligation de ne pas franchir les limites de la loi elle-même. Conséquemment la stipulation que l'intérêt sera payé en denrées n'a rien d'illicite, rien de prohibé.

Ce qui est réellement prohibé, c'est de se servir de cette stipulation pour pallier l'usure. Mais, à cet égard, la loi a pourvu à tous les intérêts, en permettant au débite r de répéter ce qu'il a indûment payé, et son appréciation est facile. Les mercuriales fixant le prix des denrées, le rapprochement de la quantité annuellement fournie indiquera nettement si le taux légal a été dépassé, et déterminera d'une manière précise le chiffre des restitutions.

Ainsi la stipulation d'un intérêt en denrées est légale, seulement on ne peut avec son secours dépasser le taux de la loi, tout ce qui aura été payé en delà serait répétible.

Il en est de même pour le remboursement du capital, on peut le stipuler payable en denrées. Mais la quantité de celles-ci ne pourrait, dans aucun cas, dépasser

[1] *Loco citato.*

le capital, on saurait bien sans cela en exiger une telle que le débiteur rendrait toujours plus qu'il n'a reçu.

1155. — Mais si le prêt a été fait en denrées, celui qui l'a consenti pourra stipuler que celui à qui il donne cent mesures lui en rendra cent dix ou cent vingt. Le prix des denrées étant essentiellement variable, le débiteur profite de la chance de la diminution, comme le créancier de celle de l'augmentation, et il peut se faire que le prêt s'opérant dans un moment de cherté, et la restitution dans un temps contraire, l'intégralité de ce qui est rendu, quoique supérieur en quantité, soit en réalité encore inférieur à la valeur de ce qui a été emprunté. D'ailleurs la loi de 1807, ne réglant que l'intérêt de l'argent, ne saurait avoir aucune influence sur les prêts de denrées.

Toutefois il y a là un aliment pour la fraude et un péril pour les emprunteurs. Les usuriers simuleront un prêt en denrées pour éluder l'application de la loi et assurer ainsi les exactions qu'ils commettront, mais cette simulation, comme toutes les autres, pourra être atteinte par les tribunaux. Réalisée pour pallier l'usure, elle sera susceptible d'être prouvée par témoins et même par présomptions, et les tribunaux, à qui une pareille opération sera dénoncée, ne valideront que celle qui a réellement offert, par son véritable caractère, cette chance aléatoire dont nous parlions tout à l'heure.

1156. — Partout, en effet, où l'événement est attaché

à une condition aléatoire, la loi de 1807 est inapplicable. C'est par application de cette règle qu'on a validé les prétentions de la caisse hypothécaire et consacré les intérêts et les droits qu'elle exige. Nous lisons dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 21 mai 1834 : « Que « l'escompte et les primes au moyen desquels cette « caisse, d'après ses statuts approuvés par le gouver- « nement, exécute ses opérations, impriment au traité « qui intervient entre les parties prenantes et elle, le « caractère d'un contrat aléatoire. » Voilà pourquoi elle écarte l'application de la loi de 1807.

La conséquence qu'il faut en déduire, c'est que la caisse hypothécaire ne peut jouir de l'immunité, quant à la loi de 1807, qu'en tant qu'elle se renferme dans la lettre de ses statuts. Toute indemnité qu'elle stipulerait sans en trouver le droit dans ces statuts, à quelque autre titre que ce fût, devrait lui être refusée comme un intérêt usuraire, c'est ce qui a été formellement décidé dans une espèce où prévoyant le cas de l'expropriation de l'emprunteur, avant le terme des obligations, elle s'était fait concéder deux annuités non encore échues pour le dédommagement de ses frais et faux frais. Le paiement de ces deux annuités ayant été reclamé après expropriation, fut contesté. Un arrêt de la Cour de Grenoble le consacra. Mais cet arrêt, dénoncé à la Cour suprême, fut cassé pour contravention notamment à la loi du 3 septembre 1807. Voici les raisons à l'appui de cette cassation :

« Attendu que les statuts d'une société anonyme légalement autorisée sont la loi des parties qui traitent



avec cette société ; que les statuts de la caisse hypothécaire n'autorisent point à perçevoir au-delà des règles tracées sur les conditions des emprunts qui lui sont faits ; qu'en autorisant la perception de deux annuités en sus de celles souscrites pour le remboursement de l'emprunt, à titre d'indemnité du retard et des faux frais causés par l'expropriation forcée, la Cour d'appel de Grenoble a accordé une indemnité excédant la mesure fixée par l'article 1153 du Code civil ; qu'en outre elle a accordé des intérêts excédant le taux légal, et qu'en cela elle a expressément contrevenu tant audit article 1153 qu'aux propres statuts de la société, et à la loi du 3 septembre 1807.[1] »

1157. — La condition aléatoire qui a fait admettre l'exécution des statuts de la caisse hypothécaire a fait exclure, de l'application de la loi de 1807, le prêt à la grosse, la cession, la rente viagère.

Dans le prêt à la grosse aventure, le prêteur est exposé à perdre non-seulement tout ou partie des intérêts, mais encore le capital qu'il fournit. Vouloir, en l'état d'une pareille chance, le soumettre à ne retirer de son argent que l'intérêt ordinaire, c'était rendre impossible un prêt qui fournit au commerce maritime tant et de si précieuses ressources.

C'est ce qu'a compris le législateur, et il a sagement évité le danger en dégageant le prêt à la grosse de toute entrave, et en laissant à la libre convention des parties

[1] Cass., 30 juillet 1834.

le profit maritime à stipuler.[1] Tout ce qui, dans cet intérêt, excède le taux légal, n'est considéré que comme une juste compensation du péril que brave le prêteur.

De là il suit que l'existence de ce péril est un des éléments essentiels de ce prêt. Le prêteur qui n'a réellement couru aucune des chances d'une navigation réelle et effective ne pourrait prétendre à un intérêt exclusivement attaché à ces chances.

1158. — Supposer qu'on puisse simuler un contrat à la grosse uniquement pour pallier l'usure, c'est paraître supposer une chose impossible. Mais une espèce rapportée par la *Gazette des Tribunaux*, du 9 septembre 1827, prouve que cette supposition n'a rien de chimérique, et que l'ardeur insensée d'une incroyable avidité peut aller jusque là.

Un sieur Paoli, d'Ajaccio, faisait de nombreux prêts usuraires. Croyant se placer à l'abri de toutes poursuites, il avait fait du contrat à la grosse le type exclusif de toutes ses opérations. L'avocat, le prêtre, l'aubergiste, le propriétaire, qui recourait à lui, se transformait immédiatement en patron de navire, était obligé de souscrire un contrat à la grosse aventure, avec des intérêts non moins gros, bien entendu.

Poursuivi cependant comme coupable d'habitude d'usure, Paoli est condamné par le tribunal correctionnel à une amende de 8000 francs. Il émet appel du jugement, et il soutient devant la Cour : qu'un prêt à la

[1] Art. 311, Cod. comm.

grosse ne pouvait, dans aucun cas, donner lieu à une poursuite en usure; qu'il ignorait ou pouvait ignorer quelle destination les emprunteurs devaient donner à cet argent; et que les contrats qu'il avait faits ne pouvaient changer de nature, parce que les emprunteurs n'avaient pas voulu faire une spéculation maritime.

Il était impossible qu'une pareille défense pût réussir. Aussi la Cour confirma-t-elle le jugement.

La morale de cet arrêt, c'est qu'il ne suffit pas de qualifier un acte de contrat à la grosse pour acquérir le droit de s'en faire payer les interêts. Il n'y a lieu à tolérer cet intérêt que lorsqu'en fait le capital prêté a subi les chances qui l'ont fait laisser à la libre stipulation des parties. Hors de là, il n'y a plus qu'une usure déguisée sous des dehors trompeurs, et qu'il est du devoir de la justice de réprimer sévèrement.

1159. — Il est incontestable que la cession se prête admirablement à déguiser l'usure et à favoriser un intérêt excessif. Cependant si le contrat de cession est sincère, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de le décider, l'usure ne saurait exister, quelque importante que soit la prime accordée au cessionnaire.

La raison en est, que la cession est au civil ce que l'escompte est au commerce. Les motifs qui légitiment celui-ci justifient celle-là. L'une et l'autre constituent plutôt un achat qu'un prêt proprement dit; et, en matière d'achat et de vente, la fixation du prix est laissée à la libre volonté des parties.

Conséquemment, si l'acte qualifié de cession en ren-

ferme les éléments, si on y retrouve ces conditions substantielles: *res, pretium et consensus*, il ne peut être querellé d'usure et doit être exécuté dans toutes ses dispositions. C'est ce que la Cour de cassation a décidé d'une manière formelle, au rapport de M. Troplong.[1]

Si, au contraire, les parties n'ont pris la forme de la cession que pour se livrer impunément à l'usure; s'il n'y a eu qu'un prêt simulé sous les apparences d'un autre contrat, tout ce qui excède l'intérêt légal n'est pas dû. On peut dès-lors non-seulement ne pas le payer, mais même le répéter, si déjà on l'a fait. Nous rappelerons à cet égard que l'appréciation du véritable caractère de l'acte est abandonnée à l'arbitrage souverain du juge; et que sa décision, d'après les faits et circonstances de la cause, d'après l'intention des parties, est à l'abri de toute censure.

Il y a plus encore, une cession réelle peut ne pas être pure d'usure. Tel serait le cas de la cession qu'un débiteur ferait de ses revenus en paiement des intérêts qu'il doit à son créancier. Il est évident qu'il y a là un transport sérieux, mais pour qu'il y ait juste prix, il faut que les revenus cédés ne soient pas d'un chiffre supérieur à celui des intérêts légaux, s'ils les dépassent, l'exécution de la cession consacrerait l'usure. Le cédant serait donc recevable à demander que l'excédant lui soit restitué, ou tout au moins successivement imputé sur le capital.

[1] 8 mai 1844; — D. P., 44, 1, 241.

1160. — Le prêt à rente viagère peut être stipulé au taux qu'il plaît aux parties d'arrêter. Telle est la disposition expresse de l'article 1976 du Code civil. La loi de 1807 n'ayant rien statué à cet égard, elle reste sans application à la rente viagère.

Ce silence de la loi s'explique fort bien par la nature essentiellement aléatoire de ce contrat. D'une part, le capital est aliéné sans retour, et dès-lors la rente, n'étant plus la représentation de la jouissance temporaire de ce capital, ne peut plus être qualifiée d'intérêt proprement dit; d'autre part, la mort du crédit-rentier amenera, *ipso facto*, la suppression de la rente, et cette mort étant essentiellement incertaine, le débiteur, s'il est exposé à payer beaucoup, peut également ne payer que fort peu. On le voit, le législateur ne pouvait que s'en référer à ce qui serait convenu par les parties. Il devait consacrer les engagements qu'une pareille éventualité est dans le cas de déterminer.

1161. — La nature et le caractère de ce contrat paraissaient devoir l'empêcher de devenir un instrument d'usure. Il n'en a rien été, et, sous ses formes, s'est quelquefois glissée une avide et déloyale prétention. En voici un exemple :

En 1807, le sieur Capey se constitua débiteur envers le sieur Havas, banquier, moyennant une somme de 10,000 francs, d'une rente viagère de 1,500 francs, *rachetable après quatre ans.* Depuis, le sieur Havas se rend cessionnaire d'une autre rente viagère de 800 fr. due par Capey.

Plus tard, en 1824, ces deux rentes sont converties, par Capey et les héritiers Havas, en une rente perpétuelle de 1400 francs sur un capital de 28,000 francs, que les héritiers Havas prétendent avoir été touché par Capey, ainsi qu'ils se proposent de l'établir par leur compte.

A l'échéance du premier terme, poursuites en paiement de la part des héritiers Havas. Ils prétendent que Capey a reçu le capital de 28,000 francs, tant par les sommes prêtées que par les arrérages qu'il doit.

Pour arrêter ces poursuites, Capey forme lui-même une demande tendant à faire déclarer que, depuis 1817, il avait été convenu que la rente de 2300 francs serait réduite à 1400 francs; que cette convention ayant été exactement remplie, lui, Capey, n'était redevable d'aucuns arrérages de l'ancienne rente; que, dès-lors, il ne devait payer la rente perpétuelle de 1400 francs qu'autant qu'on complèterait le capital de 28000 francs.

Jugement qui rejette cette prétention. Appel.

Devant la Cour, Capey soutient que non-seulement il ne restait redevable d'aucuns intérêts arréragés, mais que la majeure partie de ceux qu'il avait payés n'était pas due; qu'on devait la lui restituer ou lui en tenir compte; qu'en effet, les arrérages n'étant produits que par un prêt déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, devaient être réduits au taux légal du cinq pour cent, et que les sommes réduites devant se compenser avec celles qu'il avait reçues, rendaient d'autant moins fondée la prétention du service actuel de la rente perpétuelle de 1400 francs.

Les intimés, voyant dans cette prétention une demande nouvelle, la soutinrent non-recevable en cause d'appel. Au fond, excipant de l'article 1976, ils contestaient le droit de quereller d'usure la rente viagère; ils soutenaient d'ailleurs que le contrat ayant été exécuté plus de dix ans, l'action serait éteinte par la prescription, indépendamment de la novation qu'ils faisaient résulter de l'acte de 1824.

Mais la Cour de Caen, sans s'arrêter à toutes ces fins de non-recevoir, annule le prétendu contrat à rente viagère de 1807, sur les motifs : en droit, qu'il n'était pas permis de créer un contrat de ce genre pour masquer, sous des apparences trompeuses, un contrat usuraire, et que les tribunaux sont investis dans ce cas, comme dans tout autre, du pouvoir de réprimer la fraude; en fait, parce que le contrat de 1807 était frauduleux et simulé, ce que la Cour déduit des faits et circonstances, et notamment de la faculté au débiteur de se racheter dans quatre ans, de la constitution de la rente sur trois têtes, des habitudes usuraires de Havas, qui n'avait jamais établi des rentes de ce genre avant la loi de 1807, enfin de la conversion, en 1824, de la rente viagère en rente perpétuelle.

Cet arrêt, rendu le 26 mai 1829, fut déféré à la Cour de cassation, et par celle-ci confirmé dans toutes ses dispositions. Voici en quels termes la Cour régulatrice repousse le moyen tiré de la violation de l'article 1976 :

« Attendu que l'arrêt ne porte aucune atteinte à la liberté des stipulations sur les rentes viagères; qu'il juge seulement que, dans l'espèce, un contrat de prêt a été

déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, dans l'objet d'éluder la loi qui prohibe toute stipulation d'intérêt usuraire ; qu'il était dans les attributions de la Cour de rechercher ce qui s'était réellement passé entre les parties, et qu'après avoir reconnu que leur convention était un prêt à intérêt, elle devait réduire, comme elle l'a fait, l'intérêt au taux légal.[1] »

Comme on le voit, l'usure se glisse partout, essaye toutes les chances de se dissimuler et emprunte la forme du contrat qui lui paraît le plus favorable. Tout cela prouve la sagesse de la jurisprudence qui, par l'admission de la preuve testimoniale et par celle des présomptions, facilite les moyens de la démasquer et de lui faire perdre le bénéfice illégitime qu'elle s'était proposée.

1162. — Il n'est pas de contrat que l'usure n'ait tenté de vicier. La donation elle-même n'a pas été à l'abri de ses efforts. Ainsi un prêt est consenti à l'intérêt légal, mais le prêteur exige et obtient, soit avant soit après le contrat, une donation d'une somme plus ou moins forte, laquelle, dans l'intention des parties, n'est pas autre chose qu'un supplément d'intérêt.

M. Petit[2] pense que, dans la question d'appréciation de la validité d'une pareille donation, les faits et les circonstances sont d'une grande importance, cette question ne pouvant être résolue, en droit, d'une manière absolue. M. Petit se trompe en droit, et cela le plus ab-

[1] 31 décembre 1833 ; — D. P., 34, 1, 140.
[2] *Traité de l'usure*, p. 61.

solument possible. La donation renfermant une usure palliée est nulle et sans effets possibles, le droit n'est pas douteux. Ce qui peut offrir une difficulté, c'est la question de savoir si l'usure existe ou non, et nous comprenons que la solution de cette difficulté dépendra des faits et circonstances. Il est cependant une considération qui domine la matière et qui semble devoir faire admettre le caractère usuraire de l'acte, à savoir : l'existence d'une donation par le débiteur au créancier. N'est-il pas, en effet, extraordinaire que, d'une part, celui qui se trouve réduit à emprunter, ou qui ne peut se libérer de ce qu'il doit, aliène ses biens à titre gratuit en faveur de son créancier, tout en restant grevé de la dette? Que, d'autre part, le créancier ait le courage d'accepter les dons d'un débiteur qui ne peut pas se libérer, et qu'il ne lui concède pas en échange la décharge de la dette?[1]

Que faut-il donc conclure de cette étrangeté? Pas autre chose si non que la donation n'est que la condition et la conséquence du prêt, soit qu'elle ait été consentie pour le déterminer, soit qu'elle ait servi à obtenir une prorogation du terme de l'exigibilité. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle n'a qu'une cause illicite et ne peut être considérée comme l'effet d'une volonté libre. Quelques termes qu'on emploie, elle est en réalité imposée par un homme en position de dicter la loi, *debitor servus est fœneratoris*. Il y manque le *nullo jure cogente*, qui est de l'essence de la donation, car *egestas excludit voluntarium*.[2]

[1] Chardon, *Dol et Fraude*, n° 515.
[2] Troplong, *du Prêt*, n° 367.

1163. — C'est ainsi que l'avait admis l'ancienne jurisprudence, c'est ce qu'enseignaient notamment d'Argentré, Dumoulin et Pothier.

Pour que le présent, dit ce dernier, que le prêteur a reçu de l'emprunteur soit réputé lui avoir été fait librement, et ne soit pas en conséquence infesté du vice d'usure, il faut que l'emprunteur ne l'ait fait que dans le temps qu'il a rendu la somme prêtée, ou après. S'il l'avait fait auparavant, il serait présumé ne l'avoir fait que pour que le prêteur ne le pressât pas pour le paiement, et, par conséquent, ne l'avoir pas fait avec liberté entière, ce qui suffit pour que ce présent, que le prêteur a reçu, soit regardé, en quelque façon, comme exigé, et, par conséquent, comme infesté du vice d'usure.[1]

1164. — La question s'étant présentée depuis la loi de 1807, a été résolue par la Cour de Pau conformément à cette doctrine. Son arrêt ayant été cassé, l'affaire fut renvoyée devant la Cour de Bordeaux qui, comme celle de Pau, annula la donation.[2]

Hâtons-nous d'observer que l'arrêt de Pau, quant aux principes, ne fut nullement improuvé par la Cour de cassation. Ce qui détermina l'annulation de l'arrêt ne fut que l'admission d'un moyen de forme. Aussi, et malgré que la Cour de renvoi ait jugé plutôt en fait qu'en droit, n'hésitons-nous pas à faire comme MM. Chardon et Dalloz, c'est-à-dire à adopter pleinement la doctrine enseignée par la Cour de Pau.

[1] *De l'Usure*, n° 99.
[2] D. P., 29, 2, 134 et 135.

1165. — Sans doute cette doctrine souffre des exceptions. Ainsi si la donation faite au créancier se trouve parfaitement expliquée par les liens de parenté, d'alliance ou de vieille affection; si des services signalés, rendus depuis le prêt, et indépendamment de son existence, la motivent et la justifient, il y aurait injustice à l'anéantir. La qualité de créancier et de débiteur devient, dans ce cas, indifférente. Nul ne doit être privé d'un émolument légitimement ou naturellement acquis, par cela seul que, dans une circonstance plus ou moins critique, il serait venu au secours d'un parent ou d'un ami, en lui ouvrant sa bourse.

Que l'appréciation du juge soit appelée sur l'existence, sur la réalité de moyens justificatifs de la donation, rien de plus équitable et de plus simple. Mais nous persistons à croire que, lorsque le donataire en sera réduit à invoquer sa qualité de créancier, à ne parler que de l'avantage, que sa condescendance à le devenir, a procuré au débiteur, la donation doit être considérée comme la condition du prêt; comme ne faisant avec lui qu'un tout indivisible, inséparable, qu'on doit conséquemment l'annuler parce qu'elle n'a jamais été, selon l'expression de Dumoulin, *liberalis et vere spontanea*.

1166. — Il n'en est pas ainsi de la donation que le débiteur ferait à son créancier, après l'avoir intégralement remboursé. Délivré, par le paiement, de la contrainte morale à laquelle il est censé céder avant, le débiteur a repris sa liberté, rien ne le soumet plus à obéir

à des exigences illégitimes, et s'il donne, c'est qu'il en a librement conçu et exécuté la pensée.

Cependant M. Troplong pense que, même dans ce cas, le juge doit consulter et vérifier les circonstances ayant présidé à l'accomplissement de l'acte. Elles seules, dit cet illustre jurisconsulte, peuvent le mettre à même de décider si la rémunération du débiteur a été réellement le fruit d'une pensée spontanée et libre.

1167. — La prohibition de recevoir au-delà de l'intérêt légal comprend non-seulement le profit que se procurerait le prêteur en exigeant réellement quelque chose en sus des intérêts qu'il doit percevoir, mais encore celui résultant pour lui des services personnels auxquels l'emprunteur se serait soumis, outre les intérêts convenus à un taux légal.

Toutefois l'usure n'existe réellement qu'en tant que le profit exigé par le prêteur est une charge imposée à l'emprunteur. Conséquemment elle n'existerait dans l'espèce que si les services personnels étaient appréciables en argent.

1168. — Pour décider s'il en est ou non ainsi, il faut non-seulement considérer la nature du service, mais encore son caractère relativement à la qualité et à la profession de celui qui se l'est imposé. Souvent, en effet, ce qui aggraverait la position de l'un, sera sans la moindre influence sur celle de l'autre.

Par sa nature, le service sera appréciable en argent, si celui qui doit le rendre ne peut le faire sans s'impo-

ser un sacrifice ou sans se priver d'un profit. Ainsi, dit Pothier, si je prête à un jardinier à la charge, outre l'intérêt légal, de me tailler mes arbres, le service sera appréciable en argent. Ce que je donnerais à l'ouvrier qui serait chargé de faire mon travail, ce que perd mon débiteur en consacrant gratuitement à mon service les journées qu'il utiliserait chez lui ou ailleurs, sont le double élément de cette appréciation. Il y a évidemment usure, car je réalise un profit et mon débiteur s'impose une perte.

Mais ce qui est une charge pour le jardinier n'en est pas une pour celui qui, instruit dans l'art de tailler les arbres, ne fait pas de son exercice une profession, ou n'en retire aucun profit. Si donc je prête à celui-ci à la même condition qu'au jardinier, le service que je lui impose n'est plus appréciable en argent. Il est vrai que, pour moi, ce service est une économie, mais il est, de la part du débiteur, plutôt un acte d'obligeance qu'il n'aura pas cru, si l'on veut, pouvoir me refuser, mais qui n'est jamais dans le cas de lui imposer un sacrifice quelconque, ni aucune perte appréciable.

On voit, par cet exemple, comment on doit appliquer la condition que les services soient appréciables en argent, et dans quels cas on devrait admettre ou repousser la demande en restitution, fondée sur des services personnels, exécutés outre et indépendamment du paiement des intérêts.

1169. — L'usure peut se glisser dans le contrat de société. Ce que nous avons dit précédemment nous dis-

pense d'insister à ce sujet. Nous nous en référons à nos précédentes observations. [1]

1170. — La vente est favorable à la dissimulation de l'usure. La liberté que ce contrat laisse aux parties de fixer le prix, soit en capital, soit en intérêts, devait fixer l'attention et exciter la convoitise de ces hommes dont l'unique but est de se soustraire aux exigences de la loi de 1807.

Nous avons déjà dit que la délivrance d'une certaine quantité d'objets mobiliers était bien souvent pratiquée par les usuriers pour ajouter encore à l'énormité des intérêts qu'ils exigent. Nous avons dit aussi qu'il n'y pas réellement vente dans ce cas ; qu'on ne peut voir, dans cette délivrance, qu'un prêt, qu'une usure criarde qu'il est du devoir des magistrats de réprimer sévèment. [2]

1171. — Peut-on quereller d'usure la vente de marchandises faite par un commerçant? Non, évidemment, si la vente est réelle, si le vendeur n'a fait qu'un de ces actes dont la répétition et la fréquence constituent l'industrie à laquelle il est voué. Il importerait peu que le prix de la marchandise eût été porté à un taux plus élevé que le cours du moment. C'est surtout en matière de commerce qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *In pretio emptionis et venditionis, natu-*

[1] Voy. *supra*, n° 1071.
[2] Voy. *supra*, chap. 2, sect. 3, n°s 939 et suiv.

raliter licet contrahentibus se circumvenire.[1] D'autre part, la qualité de l'acheteur peut être telle, que la cherté du prix soit dans des justes proportions avec le danger de non paiement que court le vendeur.

Cependant cette cherté, poussée jusqu'à de certaines limites, pourrait constituer la fraude, surtout si, par sa position, son âge, son peu d'intelligence, l'acheteur n'avait pas été à même de défendre suffisamment ses intérêts, ou si elle était le résultat de manœuvres illégitimes.

Hors de ces hypothèses, la vente de marchandises, quel qu'en soit le prix, ne pourra être légalement querellée d'usure. D'abord, parce que l'acheteur a pu débattre le prix; ensuite, parce qu'en matière de vente mobilière, il n'existe pas d'action en lésion, et c'est cette action qu'on prétendrait se procurer par l'articulation d'une usure.

Mais si, sous prétexte de vendre, le commerçant n'avait, en réalité, consenti qu'un prêt, l'action en usure serait recevable. En effet, par cela seul qu'on est commerçant et qu'on paraît ne faire que des actes de commerce, on ne saurait impunément se livrer à l'usure. Les magistrats ont donc le devoir d'apprécier l'opération querellée, et, s'ils sont convaincus qu'il s'est agi non d'une vente, mais d'un prêt à un intérêt supérieur au taux légal, ils doivent appliquer, sans hésitation, la loi de 1807.[2]

[1] L. 16, Dig., § 4, *de Minoribus* XXV *annis.*
[2] Cass., 21 août 1829; — D. P., 29, 1, 343.

Ainsi, la question que nous avons posée est plutôt en fait qu'en droit. Elle est, dès-lors, livrée à l'arbitrage souverain du juge.

1172. — La vente d'un immeuble peut également ne constituer qu'un prêt usuraire simulé. Une espèce remarquable, jugée par la Cour de Paris, le 2 mai 1825, indique les caractères auxquels on doit reconnaître cette fraude.

« Par acte sous seing-privé, du 1er avril 1809, Bandot vendit au sieur Cordier plusieurs immeubles moyennant 1,000 fr., qu'il reconnut avoir reçus comptant.

« Par acte notarié, du 12 du même mois, Cordier revendit les mêmes immeubles à Baudot, moyennant une redevance annuelle de six hectolitres deux décalitres huit décilitres (seize bichets, ancienne mesure d'Auvergne), de blé froment, payable le 1er avril de chaque année et rachetable par une quantité de blé égale à vingt prestations annuelles.

« Après la mort de Baudôt, qui avait toujours exactement servi cette rente, ses héritiers déclarèrent vouloir la racheter, et firent au sieur Cordier une offre réelle de la somme de 1,000 fr., pour éteindre et amortir la rente créée par leur auteur.

« Cette offre ayant été refusée, les héritiers Baudot en poursuivirent judiciairement la validité. A cet effet, ils prétendirent que les actes d'acquisition et de revente des 1er et 12 avril 1809 étaient simulés; qu'ils avaient été faits le même jour, et qu'ils n'avaient eu pour objet que de dissimuler un prêt usuraire.



« Indépendamment d'une exception de prescription décennale, Cordier soutenait au fond : que les actes attaqués étaient sérieux et sincères ; qu'ils faisaient pleine foi de leur contenu contre Baudot et ses ayant-cause ; qu'ainsi, la redevance avait été stipulée non pas pour une somme de 1,000 fr., mais pour le prix des biens par lui vendus au sieur Baudot par le contrat du 12 avril 1809, et qu'il n'y avait rien d'usuraire dans une pareille stipulation ; qu'alors même qu'on supposerait, contre la teneur des actes et contre la vérité des faits, que la rente eût été constituée moyennant un capital de 1,000 fr., il n'y aurait encore lieu de modifier une convention qui ferait la loi des parties ; que la qualité et le prix des grains étant nécessairement variables, ce serait un pacte aléatoire, dans lequel il serait impossible de voir le caractère de l'usure.

« Ce système échoue devant le tribunal d'Auxerre, qui, rejetant la prescription, statue au fond par les motifs suivants :

« Considérant que le sieur Cordier, entendu en personne, avoue avoir acheté de l'auteur des héritiers Baudot, moyennant 1,000 fr., le 1er avril 1809, par acte privé, les héritages qu'il lui a revendus le 12 du même mois, par acte authentique, moyennant une rente en grains, remboursable en valeur de grains ; qu'ainsi, il est évident que la vente du 12 avril 1809 n'est qu'une voie indirecte imaginée par le défendeur à l'effet d'obtenir, à son profit, une rente en grains en ne fournissant que de l'argent pour capital ; que, par cela seul, la rente devrait être convertie en argent ; qu'en effet, l'édit de

1565 défend de constituer une rente de grains pour un capital en argent, à peine par les constituants d'être poursuivis comme usuriers ; que cette prohibition est renouvelée implicitement, il est vrai, mais nécessairement par la loi de 1807, qui interdit toute autre stipulation d'intérêt conventionnel qu'au taux du cinq pour cent du capital, ce qui suppose un revenu fixe et en numéraire et inconciliable avec un intérêt consistant en denrées, dont le prix varie sans cesse ;

« Considérant, en outre, qu'indépendamment de cette première violation de la loi, le contrat du 12 avril 1809 a créé une énorme usure, le capital fourni par Cordier n'étant que de 1,000 fr. et devant lui produire, au lieu de 50 fr., seize bichets de blé à raison, en tout temps, de 6 fr. 12 c. le bichet, indépendamment de ce que le capital à rembourser est lui-même fixé en grains, en sorte que il y a double usure. »

Cordier ayant émis appel de ce jugement, la Cour de Paris le confirme purement et simplement par l'adoption des motifs.

1175. — A notre avis, ces documents judiciaires ne méritent qu'un seul reproche, à savoir : d'induire de la loi de 1807 la confirmation implicite des principes consacrés par l'ordonnance de 1565 sur la stipulation d'un intérêt en denrées. Ainsi que nous venons de le dire, cette stipulation est aujourd'hui incontestablement licite, à condition que l'intérêt en denrées n'excèdera pas le cinq pour cent, quelle que soit la quantité promise. Au fond, et quant à la réduction, la décision du tri-



bunal est non-seulement équitable, mais encore au plus haut point juridique. Elle ressortait, invinciblement, des circonstances du fait. Il est évident que les seize bichets de blé n'étaient que l'intérêt des 1,000 fr. prêtés, et que les deux ventes des 1er et 12 avril n'étaient qu'un moyen détourné pour déguiser ce qu'un pareil intérêt avait d'illégal. Cette simulation était tellement transparente, que les héritiers Baudot avaient raison lorsqu'ils l'appelaient une fiction maladroite. Elle n'était, en effet, pas autre chose que le contrat *mohatra*, appliqué à une vente d'immeubles.

1174. — Cette évidence, susceptible d'être acquise dans toute autre espèce, explique pourquoi les tribunaux seront rarement appelés à statuer sur des hypothèses de cette nature. Il faut à l'usure des chances plus sûres, et la vente à réméré semble faite pour les lui offrir.

Dans l'opinion de M. Chardon, ce contrat ne paraît pas avoir d'autre objet que d'aider l'usure dans ses perfides spéculations. [1] Cette appréciation, la doctrine ancienne l'avait déjà faite : *Via aperta ad illicitum fœnus exercendum*, disait Dumoulin, [2] en parlant de la vente à réméré. C'est ce qui explique les répugnances qu'il fallut vaincre lorsqu'il fut question de l'inscrire dans le Code.

Ceux-là mêmes qui en votèrent le maintien, ne se dis-

[1] *Dol et fraude*, t. III, n° 527.
[2] *De Usu.*, Q. 56, n° 392.

simulaient pas les graves inconvénients qu'elle est dans le cas d'entraîner. Celui qui se réserve de reprendre ce qu'il aliène, n'a pas, évidemment, l'intention de vendre, et, s'il le fait, c'est qu'il ne peut autrement pourvoir aux besoins qu'il a actuellement à satisfaire. Il ne vendrait donc pas si son crédit pouvait lui procurer les sommes qui lui sont indispensables.

1175. — La vente à réméré offre donc plutôt l'idée d'un prêt que celle d'une vente. Mais, dans ces termes mêmes, il a paru convenable de la maintenir. En effet, le répit qu'elle offrira au débiteur peut lui fournir le moyen de vaincre les embarras pécuniaires le forçant à y recourir. Elle peut, dès-lors, lui conserver un patrimoine qu'il eût été forcé, sans son secours, d'aliéner d'une manière définitive et à un prix inférieur à sa valeur réelle. Il ne manque pas, en effet, de gens capables de spéculer sur le besoin que le vendeur a de se défaire de ses biens, besoin qu'ils exploitent, qu'ils ne demandent pas mieux que d'exploiter.

D'autre part, la vente à réméré n'offrira jamais un prix proportionné à la valeur réelle, et plus l'acquéreur aura en vue un avantage usuraire, plus il réduira la somme pour rendre cet avantage plus considérable en cas de non exercice du rachat. De plus, si l'immeuble est réellement livré, l'acquéreur en retirera les revenus, qui devront excéder l'intérêt légal. Ainsi, usure dans la perception de cet intérêt, usure sur le remboursement du capital, si la propriété n'est pas ra-



chetée, telle est la double face que présente ce dangereux contrat.

Il suit de là que la justice a le plus rigoureux devoir à éclairer l'opération qui lui est dénoncée, à la rétablir dans son véritable caractère, à lui restituer ses effets naturels. Elle empêchera ainsi la consommation d'une fraude trop facile pour ne pas être très souvent tentée.

1176. — Nous nous sommes déjà occupés de la recherche des circonstances de fait pouvant donner à la vente à réméré le caractère d'un contrat pignoratif. Ces circonstances sont, avons-nous dit, 1° la vilité du prix; 2° le pacte du rachat; 3° la relocation; leur réunion, avons-nous ajouté, peut suffire pour faire admettre l'absence d'une vente.[1]

1177. — Peut-on arriver au même résultat, si ces trois circonstances n'existaient pas simultanément? A cet égard une distinction nous paraît indispensable.

1178. — Ce qui est surtout dans le cas de changer la nature apparente du contrat, c'est le fait de la transmission conditionnelle et temporaire de la propriété de la chose vendue. Évidemment si ce transport est fait de manière définitive et irrévocable au moment du contrat et par le contrat même, il serait difficile de voir dans ce contrat autre chose qu'une véritable vente à des conditions plus ou moins avantageuses, mais ne pouvant, dans aucun cas, autoriser une autre action que celle en lésion.

[1] Voy. *sup.*, chap. 2, sect. 3, n° 946.

Dès-lors la stipulation de rachat est indispensable, son absence enlèverait tout moyen de soutenir que la vente n'est qu'un contrat pignoratif. Vainement, en cet état, arguérait-on de la vilité du prix et de la relocation. La première ne serait à considérer que si elle occasionnait une lésion atteignant les proportions établies par l'article 1674. La seconde ne constituerait plus que l'exercice licite d'un droit exclusivement dévolu au propriétaire.

Mais le pacte de rachat stipulé dans l'acte, la réunion des deux autres circonstances est en quelque sorte la preuve qu'il s'agit d'un contrat pignoratif. L'absence de l'une d'elles affaiblit cette preuve, mais ne la fait pas disparaître complètement, en ce sens que la présomption que l'existence de l'autre fait naître est de nature à déterminer la conviction que les autres faits du procès peuvent confirmer.

1179. — Ainsi la vilité du prix coïncidant avec le pacte de rachat, confirme ce que celui-ci fait présumer, à savoir : l'absence chez le vendeur de toute intention de vendre. La faculté de racheter est incompatible avec l'idée d'aliéner; que sera-ce donc si à cette faculté se joint un prix évidemment en dessous de la juste valeur. Il n'y a plus alors qu'une seule explication admissible, c'est que le prétendu vendeur a accepté comme prêt la somme qu'il n'eût jamais acceptée comme l'équivalent de ses biens. La prétendue aliénation qu'il en fait n'est donc plus que la garantie de ce prêt. On ne saurait décider le contraire sans se placer en contradiction avec

la vérité, sans consacrer la spoliation que l'usure s'est ménagée.

M. Chardon, qui professe cette doctrine, s'étaye sur cet exemple : Jacques, voulant emprunter 6000 francs, vend à Jean, moyennant cette somme, un domaine affermé 600 francs et l'acquit des contributions, avec la faculté de racheter ce domaine dans cinq ans, en rendant les 6000 francs. Qui refuserait, dit cet auteur, de voir, dans ce traité, un prêt à dix pour cent, offrant en outre la perspective pour le prêteur d'obtenir le double de son capital, si l'emprunteur ne profite pas du délai pour se libérer? Pour tolérer une pareille exaction, il faudrait méconnaître et l'article 2088 du Code et la loi de 1807.[1]

La vilité du prix, qui ne serait pas par elle seule un indice de fraude, la fait fortement présumer lorsqu'elle se réunit au pacte de rachat.

1180. — La relocation ne produit pas, dans les mêmes circonstances, un effet moins décisif. D'une part, le pacte de rachat, disions-nous, exclut toute intention de vendre; de l'autre, la relocation fait supposer que l'acheteur n'a pas voulu sérieusement acheter. Celui qui acquiert réellement une chose ne le fait que pour la posséder et en jouir. Comment donc interpréter la conduite de cet acquéreur, dont le premier acte est de laisser la jouissance et la possession aux mains du vendeur.

[1] *Du Dol et de la fraude*, n° 512.

Vainement exciperait-on de l'existence d'un bail pour justifier la précarité de la possession du vendeur, l'existence de ce bail serait sans influence aucune, parce que la réussite de la simulation dont il est argué l'amenait forcément. Elle n'est qu'une conséquence de l'apparence donnée à l'acte. Vouloir donc justifier celle-ci par celle-là, c'est appeler la fraude au secours de la fraude. D'ailleurs, s'il n'y a pas vente, il y a prêt, et dès-lors nécessite de stipuler un intérêt quelconque. C'est cet intérêt que la nécessité de la stipulation a fait qualifier prix d'un bail, qualification qui devait tomber devant la certitude qui n'existe pas de vente sérieuse.

La faculté de rachat et surtout la rétention de la possession excluent toute idée de vendre chez le prétendu vendeur. Le consentement donné à cette rétention, même par un bail formel, exclut chez l'acquéreur l'intention d'acheter. La coïncidence de ces deux présomptions doit être considérée comme établissant sans réplique le véritable caractère de l'acte.

Ainsi donc la réunion des trois circonstances que nous avons énumérées n'est pas nécessaire. Il suffit qu'un pacte de rachat vienne se joindre ou la vilité du prix ou la relocation. Si elles existaient toutes trois, la démonstration de la fraude n'en serait que plus évidente. Au reste, nous dirons à cet égard ce que nous avons déjà dit et ce que nous serons amené à répéter encore : en cette matière, comme dans toutes les appréciations de fait, la solution est livrée à l'arbitrage souverain du juge. Elle peut constituer un bien ou mal jugé, jamais

une violation de la loi susceptible de censure de la part de la Cour de cassation.[1]

1181. — L'acte de vente déclaré contrat pignoratif est nul comme vente, il n'a donc jamais pu en produire les effets. Ainsi la propriété n'a pas cessé de résider sur la tête du débiteur. Elle est donc soumise aux droits que les créanciers de celui-ci auraient acquis avant la résolution du contrat, comme elle est affranchie de toutes les charges dont le prétendu acquéreur l'aurait grevée. Par rapport à lui, l'acte ne lui confère qu'un simple droit d'obligation l'autorisant à se faire rembourser du capital et des intérêts légaux.

Ce résultat est indépendant d'une usure quelconque. Le contrat pignoratif ne peut dans aucun cas, aux termes de l'article 2088, transférer au créancier la propriété, il ne lui donne que le droit, à défaut de paiement au terme convenu, de poursuivre l'expropriation des biens qui lui ont été donnés en antichrèse. En conséquence le contrat de vente, reconnu n'être qu'un contrat pignoratif, ne saurait produire d'autres effets, alors même qu'il ne renfermerait aucune usure.

Si l'usure existe, il est pourvu à l'intérêt du débiteur par l'imputation de ce qu'il a indûment payé, d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

1182. — L'usure, qui a abusé du contrat de mariage, de la donation, du contrat à la grosse, de la vente,

[1] Cass., 3 mars 1825; — D. P., 25, 1, 177.

a aussi tenté de se déguiser derrière l'échange. C'est ce que pratiquait un usurier d'Alsace, Il achetait habituellement de petits héritages, et lorsqu'on venait lui emprunter de l'argent, il obligeait l'emprunteur à en prendre un à titre d'échange pour le prix qu'il y mettait. De cette manière il ne figurait que comme créancier d'une soulte et jamais comme prêteur. Il espérait ainsi jouir impunément du fruit de ses rapines, car il s'assurait par ce moyen un intérêt quelquefois de 50 et de 80 pour cent.

Mais son attente fut déçue, un de ces prétendus échanges ayant été déféré à la justice, la Cour de Colmar refusa de reconnaître les caractères de ce contrat, le déclara un simple prêt usuraire et l'annula, délaissant les parties à se régler pour ce qui avait été réellement prêté, compensation faite avec ce qui était déjà payé.[1]

1183. — Nous pourrions multiplier les exemples et, parcourant tour à tour les autres contrats, démontrer qu'ils peuvent aussi, quelle que soit leur spécialité, recéler l'usure sous des apparences de légalité irréprochable. Nous en avons dit assez pour prouver que l'usure est douée d'une subtilité qui ne le cède qu'à son audace. Il faut donc, pour la combattre et la vaincre, une perspicacité rare, une patience à toute épreuve, une persévérance obstinée. La loi, en conférant la répression aux tribunaux, leur a conféré le pouvoir que cette mission exigeait, en les armant du droit d'appré-

[1] 25 mars 1825; — D. P. 25, 2, 173.

cier souverainement les faits et les actes, et de s'arrêter plutôt à l'intention des parties qu'à la lettre, même expresse, de leur contrat. Que les magistrats veillent donc avec une sévère exactitude, mais que l'horreur de l'usure ne les entraîne jamais à porter atteinte à des conventions légitimes, injustement attaquées. Impitoyables pour la fraude, ils doivent, avec la même rigueur, proscrire les attaques que dicterait l'imprudence ou la déloyauté.

1184. — L'usure ne devient un délit que par la répétition et la fréquence des actes qui la constituent. La loi correctionnelle n'atteint, en effet, que l'habitude, mais chaque fait usuraire ouvre une action à la partie lésée. Dans l'un et dans l'autre cas, l'usure se déguisant à l'aide de titres écrits qu'il faut anéantir, on a prétendu que soit l'action au civil, soit celle du ministère public au criminel, ne pouvait être admise que si elle s'étayait d'une preuve écrite.

1185. — L'article 1341, a-t-on dit, proscrit toute preuve testimoniale outre et contre le contenu de l'acte. Par application de ce principe, on doit reconnaître que l'habitude d'usure, quoique constituant un délit, ne peut être établie par la preuve testimoniale. Il est, en effet, des délits qui n'admettent pas ce genre de preuve. telle est notamment la violation de dépôt, lorsqu'il s'agit d'objet valant plus de 150 francs.

Mais ce système proscrit par la Cour de cassation, le

2 décembre 1813, a été depuis complètement abandonné.

1186. — Battue sur ce terrain, l'objection s'est rejetée sur l'action de la partie qu'elle a voulu repousser par la même fin de non-recevoir. Ce système, consacré par un arrêt de la Cour de Pau, est celui qu'adopte M. Sirey.[1]

1187. — Mais le système contraire, soutenu par de nombreux et graves auteurs,[2] a prévalu en jurisprudence.[3] Il faut bien le reconnaître, sans cette solution, les lois répressives de l'usure n'étaient plus qu'une lettre morte sans application possible.

On ne viole pas une loi formelle sans prendre toutes les précautions susceptibles d'assurer la réussite du projet ayant déterminé cette violation. Comment se flatter de voir l'usure laisser sur son passage des traces écrites, elle qui, pour mieux se déguiser, emprunte toutes les formes, déploie toutes les ruses les plus subtiles, et sait ainsi se soustraire parfois à toute poursuite. Mettre sa répression au prix d'une preuve écrite, autant valait la proclamer inviolable.

Est-il vrai, d'ailleurs, que l'article 1341 puisse régir

[1] 17 mars 1821 ; — Sirey, 25, I, 45 et 46.

[2] Toullier, t. IX, n° 193 ; — Chardon, n° 520 ; — Troplong, n° 405 ; —Duranton, t. XIII, n° 332 ;—Garnier, *de l'Us.*, p. 110 ;—Zachariæ, t. III, § 98, note 20 ; — Duvergier, n° 307 ; — Dalloz, t. XII, p. 721.

[3] Caen, 25 juillet 1827 ;—Bourges, 2 juin 1831 ;— Sirey, 30, II, 204 et 32, II, 120 ; — Cass., 28 juin 1821 et 18 février 1829 ; —D. P., 29. 1, 375.

la matière? Cet article ne concerne que l'intérêt particulier, dont elle prévoit et punit la légèreté et l'imprudence. Chaque partie peut renoncer à un avantage personnel, et cette renonciation, la loi la fait résulter de l'absence d'une preuve écrite. Mais nul ne peut renoncer à une prescription d'ordre public, répudier le commandement d'une prohibition dans un intérêt général. Or l'usure intéresse l'un et l'autre, et, à ce double titre, son inefficacité est absolue, radicale et n'admet pas même de convention contraire. Serait-il donc possible de faire, par un défaut de preuve littérale, ce que ne ferait pas l'engagement le plus positif?

1188. — M. Troplong a raison. Le simple bon sens indique que telle n'a pas été la pensée du législateur. Car, pour décider le contraire, il faudrait aller jusqu'à admettre que la loi a eu pour objet d'assurer l'impunité à l'usure qu'elle semblait proscrire, et de donner aux usuriers une égide et un encouragement pour ne laisser aucune trace apparente de leurs pratiques abusives, pour envelopper les desseins de leur cupidité sous les couleurs trompeuses d'un acte licite.

D'ailleurs, si le délit d'usure ne résulte que de l'habitude, il est certain que cette habitude n'est elle-même que la conséquence naturelle des faits divers la constituant. Dès-lors chacun de ces faits est un élément essentiel du délit, sans être le délit lui-même. La loi qui réprime celui-ci ne saurait tolérer des actes qui aboutissent à le caractériser.

Enfin la participation du débiteur au contrat n'est

d'aucune considération. D'abord parce qu'il n'appartient à personne de violer l'ordre public ou l'intérêt général.[1] La nullité résultant de cette violation étant absolue, peut être invoquée par tous. Ensuite, parce qu'en matière d'usure le débiteur est censé céder à une violence morale à laquelle il ne peut résister.

1189. — La preuve testimoniale est donc admissible pour le fait spécial d'usure comme pour le délit lui-même. De là cette conséquence que, sans y recourir, les juges peuvent déclarer la convention usuraire, si des présomptions graves, précises et concordantes viennent leur en donner la conviction.

1190. — Dans l'hypothèse même où ces présomptions, où la preuve testimoniale ne paraîtraient pas décisives, les juges pourraient, en vertu des articles **1366** et **1367**, déférer le serment supplétoire. Cette faculté, que M. Chardon s'efforce de justifier, n'est contestée par personne. Oui, les juges le peuvent. Le doivent-ils, c'est ce qui est plus délicat et plus grave.

Il est peu d'exemple d'un individu reculant devant la nécessité d'affirmer sous serment l'allégation qu'il a judiciairement produite et soutenue. Déférer à une partie la décision de son procès, c'est s'exposer à ne pas toujours consacrer la vérité.

M. Chardon, cependant, enseigne non-seulement que

[1] Limoges, 28 février 1839 ; — D. P., 39, 2, 267.

les juges ne doivent pas hésiter à déférer le serment, mais encore qu'il convient de le déférer au débiteur alléguant l'usure. Mais, en pareille matière, l'absolu offre d'inévitables dangers.

1191. — Nous tenons donc que la plus extrême prudence doit diriger l'exercice de cette faculté; que le serment ne doit être déféré que lorsque, par la gravité des présomptions relevées, cette formalité est en réalité une précaution pour vaincre un dernier scrupule de la conscience. Si le juge n'est pas convaincu, si les présomptions ne lui paraissent pas recevables, un serment prêté après un tel débat rassurera-t-il et sa raison et sa conscience?

1192. — Quant à celui à qui le serment doit être déféré, nous ne voyons pas de moyen de le désigner sans empiéter sur la conscience du juge. La loi l'autorise à le déférer à l'une des parties; c'est donc à sa sagesse et à sa prudence qu'elle s'en rapporte. Il est d'ailleurs seul en état d'apprécier les antécédents et la moralité des plaideurs, et s'il est vrai qu'une précédente condamnation pour usure dût rendre le créancier suspect, il peut se faire aussi que la conduite passée du débiteur ait été telle qu'il y aurait danger à s'en rapporter à lui. Il faut donc s'en tenir à l'avis de la loi elle-même, et laisser le magistrat arbitre souverain d'un choix qui lui appartient exclusivement.

1193. — L'existence de l'usure prouvée, le contrat

qui en est vicié doit être ramené à des proportions légales. Le débiteur est dès-lors autorisé à se faire restituer, soit directement soit par imputation sur ce qui reste dû, toutes les sommes qu'il a indûment payées. L'action quant à ce, formellement édictée par l'article 3 de la loi du 3 septembre, n'a jamais rencontré de contradiction, ni soulevé de difficultés.

1194. — Cette action est ouverte en faveur du débiteur, ses héritiers ou ayant-cause, y compris ses créanciers. Ces derniers ont un intérêt évident à tout ce qui est de nature à grossir l'actif de leur débiteur. On ne saurait donc les évincer de l'instance que, dans le silence de celui-ci, ils auraient eux-mêmes introduite, soit pour constater l'usure, soit pour en revendiquer les conséquences. Cette instance trouverait sa recevabilité dans la disposition des articles 1166 et 1167 du Code civil.

1195. — L'action en réduction ou en compensation est toujours une action principale que le débiteur ou ses ayant-cause doivent directement exercer. Elle ne peut jamais être jointe à l'action en répression du délit poursuivi par le ministère public.

Nous l'avons déjà dit : ce qui constitue le délit d'usure, c'est l'habitude; sans doute chaque fait spécial est un des éléments du délit, mais n'est pas le délit lui-même. Dès-lors l'action civile se poursuivant concurremment avec l'action criminelle, ne pouvant résulter

que d'un délit, n'appartient à aucun des débiteurs lésés par le fait spécial.

De là il suit que, quels que soient les termes de l'article 3 de la loi du 3 septembre 1807, on ne doit confondre ni le principe ni les effets des deux actions qu'il autorise. Ainsi le tribunal correctionnel, compétent pour juger le délit d'habitude, a sans doute la faculté, pour la détermination de l'amende, de relever et d'indiquer nominalement les créances qu'il trouve usuraires, mais cette indication faite épuise sa compétence, en ce sens qu'il ne peut prononcer ni résiliation ni compensation. L'une ou l'autre ne peuvent être que la conséquence d'une action dont la connaissance est exclusivement déférée aux tribunaux civils.

1196. — De plus, et en vertu du principe de la séparation du criminel et du civil, la chose jugée par le tribunal correctionnel n'a aucune influence nécessaire dans l'instance civile. Ainsi, quoique la créance, dont la réduction fait l'objet de celle-ci, se trouve nommément parmi celles déclarées usuraires et ait concouru à la détermination de l'amende, le tribunal civil peut ordonner une instruction nouvelle et écarter la prétention d'usure, si son existence ne lui paraît pas suffisamment démontrée. On comprend, en effet, que le prévenu d'habitude d'usure, se débattant contre une masse de faits, n'ait pu faire pour chacun d'eux des justifications qu'une attaque, concentrant la difficulté sur un seul point, lui permettra d'offrir.

Par la même raison, la créance, que le tribunal cor-

rectionnel n'aurait pas rangée dans la classe des faits usuraires, pourra être considérée comme telle par le tribunal civil, l'instruction ordonnée sur l'action du débiteur étant de nature à confirmer une prétention qui ne s'appuyait, dans la poursuite criminelle, que sur le dire personnel du débiteur lui-même.

1197. — Ainsi l'exception péremptoire de chose jugée ne peut résulter ni en faveur, ni au détriment du créancier, de la décision intervenue sur la poursuite du ministère public. Cette exception, le jugement qui aurait prononcé la légitimité de la créance contradictoirement entre le créancier et le débiteur, pourrait seul l'établir ; ainsi le débiteur poursuivi en paiement, et condamné définitivement, ne pourra plus soutenir que la dette était entachée d'usure ; c'était là une exception de nature à mettre obstacle à la condamnation, tout au moins à la faire modifier. Il devait donc l'opposer et le silence qu'il a gardé avant cette condamnation, il n'est plus recevable à le rompre après, il ne peut en être relevé que si le jugement peut encore être attaqué par les voies ordinaires.

1198. — En effet, l'exception d'usure étant un moyen et non une nouvelle demande, peut être proposée pour la première fois devant la Cour d'appel, c'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 31 décembre 1833. [1]

[1] D. P. 34, 1, 140.

1199. — M. Chardon pense qu'un jugement intervenu sur l'exécution du titre, spécialement sur la validité d'une saisie mobilière, ne constituerait pas la chose jugée sur la légitimité du titre.[1] Nous ne saurions être de son avis, surtout après avoir consulté l'espèce qu'il emprunte à Dumoulin, et sur laquelle il étaye son opinion. Dans cette espèce, en effet, c'était un créancier disputant un droit de priorité dans une instance en distribution du prix d'une maison saisie. Conformément à la loi de l'époque, tous les créanciers avaient été admis à la saisie, et c'est dans cette admission purement conservatoire que le créancier contesté voulait trouver une fin de non-recevoir contre l'usure qui lui était reprochée. Cette fin de non-recevoir fut repoussée, car l'admission pouvait bien au pis aller conférer la qualité de créancier, mais non déterminer le chiffre exact de la créance, ni encore moins la purger du vice d'usure qui, comme l'observe Dumoulin lui-même, n'avait pas même été articulé : *In quo de usura non fuerat disputatum.*

Tout cela n'a rien de commun avec la décision rendue sur la validité de l'exécution d'un titre entre créancier et débiteur. Le sort de la saisie dépend évidemment de celui de la créance, surtout en matière d'usure. Son existence reconnue amène la nécessité d'un règlement pour établir le chiffre de la restitution ou de l'imputation. Elle enlève donc à la créance toute liquidité. Or, on ne peut saisir que pour une somme liquide

[1] *Dol et fraude*, n° 351.

et exigible. La validité de la saisie, reconnaissant ce double caractère aux sommes exigées, établit donc explicitement la légitimité de la créance.

L'opinion de M. Chardon ne nous paraît donc pas admissible, tout au moins faudrait-il en réduire l'application au cas où la saisie n'aurait été contestée que sous le rapport de la forme. Dans cette hypothèse, en effet, on ne saurait opposer au débiteur qu'une reconnaissance implicite de la validité du titre, résultant de ce qu'il n'aurait contesté la saisie qu'en la forme. Mais, à ce reproche, le débiteur pourrait répondre que le vice d'usure ne pouvant être ratifié, sa reconnaissance implicite ne saurait sortir à effet.

1209. — Le fondement de cette réponse est parfaitement juridique; en effet, l'usure et sa répression intéressant l'ordre public, le vice que son existence crée n'est pas susceptible d'être expressément, et moins encore tacitement ratifié.

Le motif de cette prohibition est puisé dans la considération que nous rappelions tout à l'heure, à savoir : que le débiteur est censé céder à une violence morale. Or, ce défaut de liberté, existant à l'endroit du titre constitutif de l'usure, existerait également à l'endroit de l'acte de ratification; ce qui vicie le premier, vicierait donc infailliblement le second.

Mais de là cette conséquence que la ratification, donnée expressément ou tacitement après la libération, rendrait toute recherche ultérieure non-recevable. Le débiteur qui a payé reprend toute sa liberté, il n'a plus

rien à redouter des exigences de son créancier. L'action en répétition qui lui reste, est une faveur de la loi à laquelle il lui est loisible de renoncer; cette renonciation s'induit de la ratification; dès-lors l'existence de celle-ci rendrait à l'avenir toute réclamation non-recevable, à moins que l'acte de ratification ne fût que le résultat du dol ou de la fraude.

Il en est de la transaction comme de la ratification, celle qui serait consentie pendant l'existence de la dette serait sans effet et ne ferait nul obstacle à la restitution intégrale du débiteur usuré; au contraire, celle intervenue après paiement sortirait définitivement à exécution, et les sommes abandonnées ne pourraient plus être répétées. Celui qui peut valablement renoncer au tout, peut incontestablement renoncer à la partie, donc celui qui a la faculté de ratifier purement et simplement, peut, à plus forte raison, transiger.

1201. — Une autre fin de non-recevoir pourrait être opposée par le créancier à la demande en restitution, à savoir: celle tirée de la prescription. La question de savoir si le fait usuraire est susceptible de prescription a été controversée dans l'ancien droit, elle ne l'est plus aujourd'hui. L'affirmative, que soutenait Dumoulin, [1] est admise en doctrine et en jurisprudence.

A quel moment convient-il de fixer le point de départ de cette prescription? Evidemment au jour où l'opération s'étant liquidée, les parties sont devenues étran-

[1] *De Usu.*, Q. 17, n° 190.

gères l'une à l'autre. En effet, tant que le débiteur ne s'est pas libéré, l'usure se continue et se poursuit ; elle se renouvelle à chaque perception. Conséquemment, si pendant cette période la prescription pouvait courir, il arriverait un moment où, par son accomplissement, la fraude aurait acquis une existence certaine en commandant l'exécution, c'est-à-dire qu'on acquérait le droit de violer la loi, par cela seul qu'on l'aurait violée pendant un temps fort long.

D'autre part, le débiteur menacé de poursuites, ou poursuivi à chaque nouvelle échéance, ne peut, par son silence antérieur, avoir aliéné le droit de se défendre, et ce droit renaît avec les prétentions qu'il a pour objet de combattre. Il peut donc être exercé tant que le créancier vient par ses demandes en provoquer l'exercice, sans avoir égard au temps plus ou moins long qui sépare les demandes de l'origine de la créance : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.* Voulût-on considérer les paiements antérieurs comme une reconnaissance du droit, qu'on n'arriverait à aucun résultat utile, puisque, ainsi que nous venons de le voir, l'usure n'est pas susceptible d'être reconnue ou ratifiée tant que le débiteur est asservi à ses liens.

La prescription ne peut donc courir contre le débiteur qu'à partir de sa libération. Alors, en effet, le droit de réclamer l'indemnité du préjudice est acquis, et avec son ouverture commence contre le débiteur une véritable mise en demeure de l'exercer. Son silence a une signification d'autant plus expresse qu'il est en position d'abandonner formellement l'avantage que la loi lui

assure, et c'est dans le sens de cet abandon qu'il doit être interprété. Jusque là, en effet, tout ce qu'il a fait n'est considéré que comme le résultat de la contrainte morale qu'il subissait, mais cette contrainte cessant, ne pourrait plus ni expliquer ni excuser son inaction.

1202. — Par quel laps de temps le créancier aura-t-il prescrit contre le débiteur?

En thèse ordinaire, l'action pour usure ne se propose qu'un seul but, celui de faire ordonner la restitution de ce qui a été injustement perçu d'une part, indûment payé de l'autre. Elle est donc une véritable action en répétition, et, comme telle, elle ne se prescrit que par trente ans.

Vainement a-t-on excipé des termes de l'article 1304 pour soutenir que la prescription décennale était applicable; cet article ne régit que les actions en nullité ou en rescision. Or, l'acte entaché d'usure n'est ni nul, ni rescindable, il est seulement réductible. Ainsi l'usure admise, reste un engagement licite pour tout ce que le débiteur a réellement reçu, et dont rien ne peut empêcher la stricte exécution dans les proportions réduites. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin, [1] *quia condicens indebitum non dicitur venire contra pacta et conventa, nec petere illa rescindi.*

Si donc l'action n'est pas celle de l'article 1304, il devient évident que sa durée ne saurait être régie par

[1] *Quest* 19, n° 200.

lui. Elle reste donc soumise soit au principe général, soit au principe spécial à la répétition de l'indu.

1203. — Toutefois cette règle n'est applicable qu'à l'usure ressortissant d'un acte d'obligation pur et simple. L'usure palliée sous l'apparence d'un autre contrat obéit à d'autres principes. L'action, en ce cas, prend tous les caractères de celles dont il est question en l'article **1304**. Il ne s'agit plus, en effet, d'une action simple en répétition, mais bien en nullité de la vente, de la donation récélant l'usure. Cette nullité prononcée, l'acte est anéanti dans tous ses effets. L'action est donc, dans ce cas, réellement *contra pacta et conventa*, elle a pour objet principal leur rescision, *petit illa rescindi*, elle doit conséquemment être intentée dans les dix ans.

1204. — Mais, ainsi que nous l'avons fait observer ailleurs,[1] ce délai s'applique à l'action directe du débiteur. Si l'usure palliée avait créé un contrat dont le créancier demanderait l'exécution, la prescription lui serait en tout temps opposable, en force de la maxime que nous rappelions tout à l'heure: *Quœ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

[1] V. *supra*, nos 631 et suiv.

SECTION VII. — FRAUDES DANS LES MANDATS.

—

SOMMAIRE.

1222. Le mandataire est tenu d'administrer en bon père de famille.
1223 Délits caractérisés par l'infidélité du mandataire. Différence entre l'abus d'un blanc-seing et les détournements.
1224. Peine contre l'application, à l'usage personnel du mandataire, des fonds provenant du mandat.
1225. Nécessité d'entreprendre, dès l'acceptation, l'opération faisant la matière du mandat.
1226. De tenir le mandant au courant de l'affaire,
1227. Administration du mandataire. Ce qu'on doit attendre de lui.
1228. Il commet une faute grave s'il divulgue le secret de l'opération.
1229. S'il accepte comme bonnes des marchandises de qualité inférieure ou mauvaise.
1230. S'il traite avec des individus notoirement insolvables.
1231. S'il substitue ses pouvoirs sans y être autorisé, et, en cas d'autorisation, s'il choisit une personne incapable ou insolvable.
1232. Responsabilite du mandataire vis-à-vis des tiers.
1233. Obligation du mandataire de rendre compte. Étendue de cette obligation.
1234. Elle comprend les profits, même illégitimes, réalisés à l'occasion, mais non ceux opérés par l'abus, du mandat.
1235. Mais le mandataire ne peut s'attribuer au-delà du salaire convenu.
1236. Obligations du mandant par rapport au mandataire.
1237. Conditions exigées pour que les tiers puissent recourir contre le mandant.
1238. Première condition se réalise le plus ordinairement en matière civile et dans le commerce pour les affaires traitées par commis-voyageurs.
1239. Nature des pouvoirs de ceux-ci. Importance de sa détermination.
1240. Règles s'induisant de l'autorisation donnée au mandataire commercial d'agir en son propre et privé nom.

1205. — Le mandat est un des contrats les plus importants, les plus utiles, en matière commerciale surtout. Grâce à son utile secours, chacun peut agir dans les localités les plus éloignées et étendre ses relations sans être exposé de recourir à des préposés spéciaux dont le moindre inconvénient était la dépense considérable qu'ils entraînaient. Aussi est-ce avec toute raison que Savary a pu dire qu'il n'y a rien qui maintienne tant le com-

merce que les commissionnaires ou correspondants. Car, par leur moyen, les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde, sans sortir de leurs magasins ou comptoirs.[1]

Les services que le mandat est appelé à rendre au commerce se réalisent également, quoique dans de moindres proportions, dans les affaires civiles. C'est en usant de ce contrat que les citoyens peuvent agir dans les lieux les plus éloignés de leur domicile, sans se donner le souci, les fatigues et les dépenses d'un long voyage.

1206. — Mais par cela même que ce contrat exige, d'une part, le plus complet abandon, la plus entière confiance; d'autre part, la bonne foi la plus loyale, son exécution peut offrir beaucoup de dangers par la facilité qu'elle offre pour toute sorte de fraude. C'est cette conviction qui faisait Savary s'écrier : *Qui fait ses affaires par commission, va à l'hôpital en personne.* Cependant, nous venons de le voir rappeler tout ce qu'un pareil contrat a d'avantageux pour le commerce. « Mais, dit-il, si un commissionnaire est très affectionné à conserver les intérêts du commettant, il est certain qu'il est capable de le ruiner. Il y en a un nombre infini d'exemples, et je puis parler comme savant, pour y avoir été plusieurs fois trompé, et je l'ai aussi vu en plusieurs arbitrages, dont j'ai été sur des différents qu'il

[1] *Parfait négociant*, l. 3, chap. 1 ; — *Des Commiss.*, t. I, pag. 234.

y avait entre des commettants et des commissionnaires, où j'ai vu des tromperies effrayables.[1] »

Le commerce n'a pas exclusivement le triste privilége des hommes capables de ces *effrayables* tromperies. Le mandat civil offre des chances identiques. Nous pourrions aussi citer de nombreux exemples de mandataires infidèles, qu'une coupable avidité a porté à ne voir, dans le mandat, qu'une spéculation à leur profit, et dont la fortune s'est scandaleusement créée sur les débris de celle dont la gestion leur était confiée.

1207. — Un pareil danger, quelque grave qu'il soit, ne pouvait pas faire disparaître de nos Codes le mandat civil ou commercial, mais il exigeait un surcroît de précaution; et dans l'examen de leur accomplissement, une sévérité d'appréciation capable de déjouer et de décourager la fraude. Plus encore que dans la vente, l'échange ou le louage, il fallait donner le caractère frauduleux à l'infraction d'une obligation ou d'un devoir, abstraction faite de l'intention qui en a été le mobile. C'est en pareille matière surtout qu'on doit dire, avec le législateur romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu.*

1208. — C'est ce que le législateur de notre Code a admis. En effet, l'article 1992 déclare le mandataire responsable non-seulement de son dol, mais encore de sa faute, alors même que le mandat est gratuit. Dans ce

[1] *Ibidem*, chap. 8, pag. 114.

dernier cas, seulement, la faute est moins sévèrement appréciée, ce qui était naturellement indiqué par la raison et la justice.

Telle était aussi l'opinion de cette école italienne qui a versé tant de lumières sur la matière commerciale. Et par faute, on entendait même l'erreur échappée au mandataire et communiquée au mandant, si cette erreur était de nature à causer à celui-ci un dommage quelconque : *Si recipiens litteras cambii, per errorem scripserit eas acceptatas fuisse, tenetur de omni damno erga remittentem,*[1] car, *error excusat errantem, quando agitur de evitando proprio damno, secus si ageretur de damno alterius.*[2]

Ainsi, en matière de mandat, la faute même légère équivaut à la fraude et en produit tous les effets. Cela posé, nous avons à examiner les obligations respectives du mandataire et du mandant, dont la violation ou l'inexécution constitue la faute punissable.

1209. — En principe, l'acceptation du mandat crée, pour le mandataire, trois obligations principales : 1° celle d'accomplir la mission dont il est chargé tant que le mandat n'est pas révoqué, et même, après révocation, de terminer ce qui ne pourrait être suspendu sans préjudice pour le mandant ;

2° Celle d'accomplir le mandat en bon père de famille ;

3° Celle de rendre compte de la gestion.

[1] Casaregis, *de Com. disc.*, n° 54.
[2] *Ibid.*, n° 65.

1210. — Occupons-nous d'abord de l'acceptation, car sans elle point de contrat et, par conséquent, point d'obligation. Or, cette acceptation est, dans tous les cas, au libre arbitre de celui à qui le mandat est proposé. Nul, en effet, ne saurait être contraint à accepter la direction des affaires d'autrui. Le mandat qu'on offrirait dans cet objet peut donc toujours être refusé.

L'acceptation n'a pas besoin, dans tous les cas, d'être expresse; elle peut se réaliser tacitement. C'est ce qu'on devrait induire de l'exécution que le mandataire aurait donnée au mandat.

Peut-elle résulter du silence gardé sur l'offre du mandat? En principe de droit, la négative ne saurait souffrir de difficultés ; personne, en effet, n'étant tenu d'un acte de ce genre, la volonté de l'accepter doit être certaine. Cette certitude peut bien s'induire du commencement d'exécution, mais on ne saurait la rencontrer dans le silence qu'accompagne l'abstention la plus absolue. Dans une pareille occurence, se taire, ce n'est pas consentir, c'est bien plutôt refuser.

1211. — Mais on admettrait le contraire si la proposition du mandat s'adresse à un de ceux dont l'état, comme l'observe Pothier, est de gérer les affaires d'autrui. Tels sont les avoués, les notaires, les commissionnaires commerciaux. Celui à qui on s'est adressé pour une affaire de son ministère doit, s'il ne peut ou ne veut s'en charger, écrire immédiatement son refus. A défaut, il serait présumé avoir accepté le mandat, et il deviendrait, dès-lors, responsable de la négligence

qu'il aurait mise à le remplir, et tenu, par conséquent, du préjudice que cette négligence pourrait occasionner. La raison en est, dit M. Troplong, que l'office des uns et des autres est acquis de droit à quiconque le leur demande. Ils sont censés provoquer, solliciter les clients par leur exercice public ; accepter, par conséquent, ceux qui se présentent ; pour faire tomber la preuve manifeste qui ressort de cet état de choses, il faut qu'ils s'expliquent en donnant un refus formel. [1]

C'est surtout pour le commissionnaire commercial que cette obligation est plus impérieuse et plus étroite. Le temps est, en commerce, un élément extrêmement précieux qu'il convient de ménager, car le moindre retard, pouvant substituer une chance contraire à une chance avantageuse, est dans le cas d'occasionner un préjudice considérable. Celui-là donc qui refuse le mandat qui lui est adressé, doit, par le retour du courrier et sous le plus bref délai, aviser le mandant de l'impossibilité où il est d'accéder à ses désirs : *Quinimo si ille nullatenus posset omnia explere, teneretur sub onere solvendi de propio*, STATIM *nunciare mandati ejus impotentiam vel impedimentum, ut, si velit, alterius opera utatur.* [2]

C'est là, sans doute, une dérogation au droit commun, mais l'intérêt des affaires en général, celui du commerce en particulier, exigeait qu'il en fût ainsi. Qu'en principe, et *stricto jure*, disent des auteurs mo-

[1] Art. 1991 ; n° 544.
[2] Casaregis, *Disc.* 54, n° 31.

dernes, le commissionnaire ne soit lié en rien, ni tenu à rien que par son acceptation, c'est une vérité déjà démontrée; mais une singularité de la commission, c'est de pouvoir devenir, pour celui-là même qui la refuse, l'occasion d'engagements qu'aucune loi écrite ne lui impose et, par suite, d'une responsabilité attachée à l'omission de certaines choses qu'il n'avait pas non plus promis de faire. En droit commercial, cette omission est un quasi-délit. Au premier rang de ces obligations, se place, naturellement, celle de donner avis du refus par le premier courrier ou par la plus prochaine occasion.[1]

Le commissionnaire commercial est donc lié par son silence. Il est censé avoir accepté le mandat, par cela seul qu'il n'a pas immédiatement manifesté la volonté contraire. Conséquemment, et en ce qui le concerne, la règle *qui tacet consentire videtur* reprend son empire et produit tous ses effets. Nous allons bientôt voir les conséquences de cette acceptation tacite.

1212. — Il y a plus, le refus fait par le commissionnaire et régulièrement dénoncé, ne le dégage pas de toute obligation, de toute responsabilité. Ainsi, il doit, en attendant qu'il soit pourvu à son remplacement, prendre toutes les mesures conservatoires que la nature du mandat est dans le cas d'exiger. Si, par exemple, des marchandises lui ont été expédiées avec avis qu'on a tiré sur lui par anticipation, il pourra bien re-

[1] Delamarre et Lepoitevin, tom. II, n° 27.

fuser l'acceptation des traites, mais non de donner à la marchandise les soins que sa conservation ou son entretien réclame. Il doit donc, à son arrivée, la retirer dans ses magasins ou en faire ordonner le dépôt chez un tiers consignataire, si, dans le délai suffisant, l'expéditeur n'a pas désigné un nouveau mandataire aux mains de qui il puisse la remettre contre-remboursement de ses avances.[1]

Le négociant qui reçoit, de son correspondant, une traite à faire protester, ne peut se dispenser de remplir le mandat, quelque répugnance qu'il eût à le faire, si la date de l'échéance était trop rapprochée pour qu'il eût le temps d'avertir utilement son mandant. Si, malgré l'ordre qu'il en a reçu; si, malgré la proximité de l'époque fixée pour le protêt, il s'est abstenu, se contentant de faire connaître son refus, il devient responsable des conséquences du défaut de protêt. Ce qu'il ne voulait pas faire lui-même, il pouvait, il devait même charger un tiers de le réaliser. L'inaction dans laquelle il s'est renfermé constitue donc une faute dont il doit subir les effets. Il en serait de même pour tout mandataire commercial. La non acceptation lui laisse l'obligation d'agir dans tous les cas où il y a lieu de prévenir une déchéance, d'empêcher une prescription ou de préserver le commettant de tout autre préjudice imminent.

Ce n'est là, au reste, qu'une modification à un principe que l'école italienne avait généralement admis, à

[1] *Id., ibid.*; — Pardessus, tom. II, n° 558; — Dalloz, v° *Commiss*, pag. 742; — Vincent, tom. II, pag. 128.



savoir : qu'un commissionnaire ne pouvait refuser la commission dont on le chargeait.[1] On reconnaissait qu'une telle obligation était contraire au droit civil, mais on pensait que toutes les lois devaient se taire devant l'intérêt général du commerce.

Cette conséquence rigoureuse n'avait pas été adoptée par le droit français. La commission, comme tout autre mandat, pouvait être refusée, mais à la condition, en cas de refus, de veiller à la conservation des droits du commettant, en attendant qu'il se fût adressé ailleurs. C'est ce qui se doit pratiquer encore aujourd'hui.

L'obligation imposée au commissionnaire est commune aux avoués, aux notaires, aux huissiers. Eux aussi peuvent ne pas accepter le mandat qui leur est proposé, mais ce refus d'acceptation ne les dégage pas de l'obligation de veiller à la conservation des droits du mandant, jusqu'à ce qu'il les ait remplacés. Ils seraient donc également responsables des déchances, des prescriptions, du préjudice que l'inobservation de ce devoir pourrait déterminer, comme si recevant un appel à signifier, une hypothèque à renouveler, un effet à faire protester et n'ayant pas le temps de faire connaître leur refus utilement, ils négligeaient cependant de faire l'un ou l'autre.

Nous ne pensons pas qu'ils pussent se soustraire à cette responsabilité, sous le prétexte que le mandant n'aurait pas consigné les frais pour le coût de l'acte. Ce coût n'étant pas en général fort important, son rem-

[1] Casaregis, *Disc.* 90, n° 5.



boursement ne doit, dans aucun cas, autoriser des craintes tellement sérieuses qu'on dût s'arrêter à une telle excuse. Mais il en serait autrement si l'acte devait entraîner un déboursé considérable, par exemple, si l'effet à protester, étant sur papier libre, devait donner lieu à une forte amende. Il est certain alors que l'officier ministériel, que même le négociant à qui on se serait adressé, ne pourrait être tenu de s'en rapporter, pour son remboursement, à un homme qu'il doit d'autant plus supposer dans l'impossibilité de l'opérer, qu'il a négligé de nantir son mandataire. Or le devoir de celui-ci n'est pas de faire des avances à des insolvables, et si, dans l'hypothèse, il y a faute de la part de quelqu'un, c'est exclusivement chez le mandant, ayant omis de fournir le moyen d'exécuter le mandat qu'il donnait.

Mais hors ce cas, et lorsque tout se réduit aux déboursés ordinaires, le devoir de l'officer ministériel est de conserver les droits qui lui sont confiés, sauf à recuser la suite du mandat qu'il ne croit pas devoir accepter. Ainsi, dit M. Troplong, un client adresse à un avocat à la Cour de cassation un dossier pour se pourvoir. Les pièces n'arrivent à celui-ci que la veille de l'expiration du délai fatal; de telle sorte que le client ne peut être averti en temps utile de confier sa cause à un autre. Le devoir de cet avocat est de former le pourvoi, sauf à répondre plus tard au mandant qu'il ne veut pas se charger de l'affaire.[1]

[1] Art. 1991, n° 346.

1213. — Si, au lieu de refuser, le mandataire choisi accepte expressément ou tacitement, le contrat est parfait. Dès cet instant, les parties sont également liées l'une envers l'autre, et le mandataire est en demeure de se livrer à l'exécution de la mission qui lui est confiée.

1214. — La première de ses obligations, avons-nous dit, est de procéder à l'accomplissement de l'opération jusqu'à révocation; et, en cas qu'il soit révoqué, de continuer ses soins, jusqu'à son remplacement effectif, à tout ce qui ne saurait être suspendu sans préjudice pour le mandant.

Cette obligation a toujours été considérée comme une règle de législation. *Sicut autem*, disait le droit romain, *liberum est mandatum non suscipere, ita suscriptum consummari oportet.* [1]

L'article 1991 du Code civil n'est pas moins explicite; il est vrai que ses termes sont moins précis que ceux que nous venons de rappeler, il ne déclare le mandataire tenu d'accomplir le mandat, que tant qu'il en demeure chargé. Mais on aurait tort de voir dans cette locution autre chose qu'une allusion à la faculté que le mandant conserve de révoquer le mandat. Il ne faudrait pas y voir surtout une possibilité pour le mandataire de se soustraire, en recevant à son gré le mandat, aux devoirs et aux obligations que son acceptation lui impose.

Il ne pourrait être délié de celle-ci que par le consentement formel du mandant, toujours libre de ne pas le

[1] L. 22, Dig. *mandati*.

donner; et si, malgré le refus qu'il ferait de sa démission offerte, le mandataire s'abstenait d'exécuter le mandat, cette abstention équivaudrait à la fraude engageant sa responsabilité, il serait donc évidemment tenu de réparer le préjudice qui en serait résulté pour le mandant.

Il ne faudrait pas cependant pousser cette règle jusqu'à l'injustice. C'est ce qui arriverait si, après l'acceptation, on prétendait contraindre le mandataire à l'exécution du mandat, alors même que cette exécution serait devenue impossible ou trop onéreuse pour lui. Une pareille rigueur est incompatible avec la nature même du contrat, avec les conséquences qu'il doit produire. S'il importe que les intérêts du mandant ne soient pas désertés, il importe également de couvrir ceux du mandataire d'une utile protection, surtout si le mandat est gratuit.

1215. — Notre règle reçoit donc des exceptions. La première a lieu lorsque, après avoir accepté, le mandataire ne tarde pas à se convaincre que l'entreprise dont il s'est chargé n'est pas en son pouvoir.[1] A l'impossible nul n'étant tenu, le mandataire devrait être relevé des effets de son acceptation, dans l'intérêt même du mandant, condamné à voir l'entreprise, faisant la matière du mandat, échouer fatalement et nécessairement. Il ne doit donc pas être privé de la faculté de la conférer à un autre se trouvant dans le cas de la faire réussir.

Mais la conviction de l'impossibilité acquise, le mandataire doit immédiatement en informer le mandant

[1] Troplong, art. 1991, n° 338.

pour que sans perdre un temps, peut-être précieux, celui-ci avise au mieux de ses intérêts; que si, loin d'agir de la sorte, le mandataire laisse traîner les choses en longueur; s'il ne donne avis de sa position qu'à une époque trop rapprochée de celle où le mandat doit être exécuté pour que le mandant soit dans l'impossibilité de le remplacer; si même, l'avertissement étant donné en temps utile, il n'a pas continué ses soins à l'opération, en attendant qu'il fût remplacé, il sera de plein droit et très justement tenu des conséquences d'une pareille conduite, et obligé de réparer le préjudice qui en sera résulté.

1216. — La force majeure venant s'opposer à l'exécution du mandat, constituerait une seconde et nouvelle exception à la règle de l'article **1991.** Ainsi une maladie, un emprisonnement, serait une excuse valable et libératoire. Empéché d'agir par une circonstance qu'il n'était donné à personne de prévoir ou de prévenir, le mandataire n'encourrait aucune responsabilité de l'interruption de sa gestion.

L'intérêt du mandant à connaître l'empêchement est aussi évident dans cette hypothèse que dans l'autre. Le devoir de l'en instruire existe donc au même titre. Mais l'appréciation de la manière dont il a été rempli doit obéir à d'autres inspirations. Les préoccupations, les suites d'un emprisonnement, les effet d'une maladie grave feraient excuser un retard que rien ne justifierait dans la première hypothèse, ils pourraient même faire excuser l'absence complète de tout avertissement par

l'impossibilité, dans laquelle le mandataire aurait été placé, d'en donner aucun. Cette impossibilité constatée, celui-ci ne pourrait encourir aucune responsabilité, ni être tenu de réparer le préjudice, c'est là la conséquence naturelle et l'effet légitime de la force majeure; il en serait à plus forte raison ainsi si l'évènement de force majeure se réalisait dans un temps tellement voisin de celui où devait s'exécuter le mandat, que la nouvelle ne pouvait pas en être utilement transmise.

1217. — L'article 1991 indique comment doit être accompli le mandat régulièrement accepté. La faute oblige comme le dol, comme la fraude. Il faut donc que le mandataire s'abstienne de tout ce qui pourrait la constituer. Pour cela il n'a qu'à suivre fidèlement les ordres qu'il reçoit, et n'aller jamais au-delà de ce qui lui est prescrit. N'oublions pas que le mandataire agit pour le compte d'autrui, qu'il est par conséquent obligé d'exécuter, en quelque sorte passivement, les volontés de celui qui supportera les conséquences de ses actes. Il ne peut surtout substituer son appréciation à celle du mandant, sans exposer sa responsabilité. La prudence lui en fait un devoir, alors même qu'il croirait par là servir l'intérêt de ce dernier, car, comme l'observe M. Troplong, s'il échoue, il est coupable, et s'il réussit on lui saura peu de gré d'avoir voulu être plus sage qu'il ne fallait. [1]

Ainsi si le mandat est impératif, soit quant à l'opéra-

[1] Art. 1989, n° 257.

tion elle-même, soit quant au mode d'exécution, il n'a qu'à s'y conformer scrupuleusement et fidèlement; il ne doit jamais oublier cette maxime fondamentale en cette matière : *non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato*. Tout ce qu'il ferait en sens contraire constituerait une fraude, ou, tout au moins une faute entraînant la nécessité d'une réparation.

Ainsi l'ordre ne serait pas valablement exécuté, si, commettant une certaine quantité de marchandises, cette quantité n'était pas atteinte ou était dépassée, le mandant ne pourrait, dans un cas comme dans l'autre, être contraint de prendre l'opération pour son compte. Dans le premier, il y aurait inexécution pouvant donner lieu à des dommages-intérêts; dans le second, l'excédant resterait pour le compte du mandataire.

Si je vous commets des blés étrangers, et que vous achetiez des blés français; si je vous demande des denrées d'une provenance déterminée, et que vous m'en envoyiez d'une autre localité, il y a violation du mandat. Vainement prétendrez-vous que ce que vous m'offrez vaut mieux que ce que j'avais demandé, vous ne pouvez vous constituer juge de mes convenances. Mon mandat n'a pas été exécuté comme je voulais qu'il le fût, et cela suffit pour m'autoriser à ne pas en ratifier l'exécution qu'il vous a plu de lui donner.

C'est ce que la Cour de cassation a décidé expressément par arrêt du 6 avril 1831. Dans cette espèce, le mandant avait commissionné des trois six du marché de Béziers; le mandataire en ayant acheté sur un autre marché, le refus fait par le premier de prendre livrai-



son, fondé sur la différence de provenance, fut sanctionné par la Cour de Montpellier d'abord, et, sur le pourvoi, par la Cour suprême.[1]

1218. — Le mandataire, lié par les termes du mandat à l'endroit de la quantité et de la qualité, ne l'est pas moins quant au prix. Tout ce qu'il ferait au-delà de celui fixé par le mandant, lui resterait propre et personnel.

1219. — On a agité la question de savoir si le mandataire, supportant l'excédant du prix et se bornant à exiger le remboursement de celui porté au mandat, pourrait contraindre le mandant à prendre l'opération pour son compte. M. Troplong, après avoir indiqué le dissentiment que cette question avait fait naître entre les Sabiniens et les Proculéiens, enseigne que l'opinion de ces derniers, à savoir : l'affirmative, avait prévalu comme plus humaine et plus raisonnable, mais il rappelle immédiatement cette observation de Doneau : qu'il en serait autrement dans le cas où l'excès dans l'exécution du mandat ne pourrait être réparé et causerait au mandant un préjudice pour le total de l'opération.[2]

Or, cette dernière hypothèse se réalisera le plus souvent en matière commerciale. Une baisse plus ou moins forte, survenue dans l'intervalle de l'achat à la livraison

[1] D. P. 51. 1. 118.
[2] Art. 1989, n°s 270 et suiv.

au mandant, mettrait celui-ci dans la nécessité de subir une perte rélativement même au prix qu'il avait coté, ce n'est même que dans cette hypothèse que des difficultés pourront surgir. Quel intérêt, en effet, pourrait avoir le mandant de refuser la marchandise qu'il a commise, et que son mandataire lui expédierait au prix offert, si la marchandise n'a depuis souffert aucune variation?

Mais l'intérêt est évident lorsqu'au moment où le mandataire expédie, la marchandise ne peut être revendue qu'à un prix inférieur à celui coté pour l'achat. Avec cet intérêt, naît le droit de demander compte de l'exécution que le mandat a reçue, et de dire au mandataire : si vous vous étiez renfermé dans les limites que je vous avais tracées, vous n'auriez par acheté; la marchandise n'est donc en votre possession que parce qu'il vous a plu d'outre-passer le mandat, dès-lors, si quelqu'un doit supporter les conséquences de cette violation, c'est vous, et vous seul.

Cette objection serait d'autant plus puissante que, pour se justifier d'avoir outre-passé ses ordres, le mandataire soutiendrait qu'il ne lui a pas été possible d'acheter au prix indiqué. Mais il est évident que s'il se fût abstenu, la circonstance devenait fort indifférente et même heureuse pour le mandant. Le mandataire a donc en réalité pris sur lui d'aller au-delà de ce qui lui était ordonné, il doit en conséquence supporter seul le préjudice qui a été directement occasionné par son fait.

Il est un autre motif rationnel de le décider ainsi. Supposez qu'au lieu d'une baisse, la marchandise ait

augmenté de valeur, est-ce que le mandataire sera tenu d'expédier celle qu'il a acquise au-delà du prix du mandat? Non évidemment, car, pour étayer sa résistance, il lui suffirait de dire au mandant : la preuve que cette marchandise ne vous était pas destinée, c'est que je l'ai payée à un prix supérieur à celui que vous m'aviez fixé. Donc le mandant exposé à subir les effets de la baisse ne serait jamais appelé à profiter de la hausse, ce qui le placerait dans une position intolérable et injuste.

Il ne peut pas être que le mandataire puisse spéculer aux dépens de son commettant; qu'il puisse, en cas de hausse, s'appliquer l'intégralité du bénéfice, et, en cas de baisse, réduire sa perte à la différence entre le prix qu'il a payé et celui qui lui était indiqué, et se décharger du reste sur la personne de son mandant; admettre le contraire, ce ne serait plus obéir à ces idées d'équité recommandant la solution des Proculéiens, ce serait au contraire consacrer la plus flagrante, la plus odieuse injustice.

Nous croyons donc que cette solution doit se restreindre au cas où, les choses étant au moment du litige ce qu'elles étaient au moment de l'achat, la difficulté ne s'agite que sur la différence du prix. L'offre que ferait le mandataire de rester personnellement chargé de cette différence désintéresserait complètement le mandant et devrait le contraindre à accepter l'achat fait pour son compte.

Que si, au contraire, une baisse survenue depuis rend cet achat préjudiciable par la perte certaine que

la revente occasionnera, il n'est pas juste que l'auteur de cet achat, en faute pour avoir excédé ses pouvoirs, puisse faire supporter à autrui les conséquences de ses procédés irréguliers. La justice d'ailleurs exige que celui qui devait seul profiter des bénéfices que l'opération pouvait offrir, en supporte seul la perte. C'est en ce sens que le décide Donneau, et cette décision est approuvée par M. Troplong.

Au reste, cette solution de principe peut être modifiée par les circonstances de fait. Si le mandataire a tenu son mandant au courant de l'opération; si, en l'instruisant de la difficulté de se remplir au prix convenu, il lui a fait connaître l'obligation de payer quelque chose en sus, sans que le mandant lui ait écrit de n'en rien faire; ou si, après avoir acheté à un plus haut prix, il en a instruit son mandant, sans que celui-ci ait réclamé, l'opération ne pourra plus être contestée plus tard. La ratification qui résulterait de ces circonstances créerait une fin de non-recevoir péremptoire contre toutes réclamations ultérieures.

On doit d'autant plus le décider ainsi, que, dans l'hypothèse d'une hausse dont nous parlions tout à l'heure, le mandataire ne pourrait plus s'appliquer personnellement l'opération. Le mandant pourrait le forcer de lui en tenir compte, et les circonstances qui l'obligeraient envers le mandataire, obligeraient celui-ci envers lui. Il y aurait donc cette juste et naturelle réciprocité excluant toute possibilité de fraude.

1220. — Au reste, le mandat impératif, quant au

prix, détermine une limite au-delà de laquelle le mandataire ne saurait aller. Mais il pourrait rester en deçà, il le devrait même si la détermination du prix était le résulat de l'ignorance ou de l'erreur, ou si, au moment de l'arrivée de l'ordre, elle n'était plus en rapport avec le cours de la place. Il suffirait donc au mandant de prouver que le mandataire a pu acheter meilleur marché ou vendre plus cher pour le faire condamner à lui tenir compte de l'avantage qu'il eût retiré dans l'un et l'autre cas.

Cette règle doit être sévèrement appliquée, car, par la nécessité même des choses, le mandant est obligé de suivre aveuglement la foi du mandataire. D'autre part, les variations commerciales sont souvent tellement brusques qu'un ordre expédié à de certaines distances n'est plus, à son arrivée, ce qu'il était à son départ, à savoir, dans une juste proportion avec la valeur réelle des choses. Son exécution littérale serait donc un abus d'autant plus odieux que le mandataire l'exploiterait à son bénéfice, ce qui est très facile dans le commerce. On sait, en effet, qu'il est peu de commissionnaires qui ne se livrent à des achats, soit dans la prévision de commissions futures, soit pour tenter des spéculations sur la chance de hausse ou de baisse. Ce qui se réaliserait dans cette circonstance, c'est que l'ordre arrivant, le commissionnaire le remplirait immédiatement, à l'aide de ses marchandises qu'il vendrait ainsi au-dessus du cours. Un pareil acte n'est pas seulement une indélicatesse, il constitue une véritable fraude, un abus de confiance incontestable, dont le mandant ne devrait pas



être victime. Sur sa demande donc, et malgré les termes de son ordre, il ne devrait être tenu de rembourser que ce que les marchandises valaient réellement au moment où cet ordre a été exécuté.

L'abus que cette solution tend à prevenir serait fort voisin de celui dont la loi s'est préoccupée lorsqu'elle a interdit aux agents de change et aux courtiers de faire pour leur compte personnel un commerce quelconque. Dépositaire des intentions des parties, ayant le dernier mot de chacune d'elles, le confident trouverait trop facilement l'intention de s'enrichir à leur détriment. Sans doute le commerce n'est pas interdit aux commissionnaires, ils peuvent acheter pour revendre ensuite et profiter de la hausse que le cours a naturellement amenée, mais là s'arrêtent leurs droits. La consécration de l'avantage qu'ils prétendraient s'arroger, en vendant plus cher que ce cours, ne serait qu'une immoralité, car cet avantage, ils ne le devraient qu'à une confiance dont ils abuseraient au détriment de celui qui ne devait trouver auprès d'eux qu'une protection efficace.

1221. — Il en serait de même du mandataire qui abuserait de l'erreur évidente dans laquelle serait tombé le mandant. Dans un pareil cas, la loyauté exige que l'erreur soit signalée, et surtout qu'on n'en abuse pas au préjudice de la confiance que le mandant témoigne. Celui qui agirait autrement commettrait une fraude punissable, obligeant à réparation. Un arrêt de la Cour de Paris, du 25 septembre 1812, nous offre une remarquable application de cette règle.

La dame Busch, de Pondichéry, venue à Paris, avait chargé un joaillier de la vente de plusieurs bijoux. Prête à s'embarquer à Marseille pour retourner à Pondichéry, elle lui adressa un collier de perles avec commission de le vendre, et, en en fixant le prix, elle écrivit 1200 fr., au lieu de 12000 fr. Peu de jours après, le joaillier lui répondit qu'il avait été assez heureux pour vendre son collier au prix indiqué de 1200 fr. La dame Busch, voyant la déloyauté de son mandataire, chargea une tierce personne de l'amener à de meilleurs sentiments, mais il se renferma dans le texte de son mandat, prétendant que, l'ayant rempli, on n'avait rien de plus à lui demander.

Traduit en justice, il fut établi qu'il n'avait réellement vendu que quelques perles, s'étant appliqué les autres pour monter plusieurs objets de son commerce.

Le jugement qui intervint le condamna à payer le prix du collier, fixé à 4800 francs, attendu que, bijoutier exercé dans son état, il n'avait pu se méprendre sur la valeur des perles; qu'il devait instruire la dame Busch de l'erreur évidente qu'elle avait commise, et d'autant plus qu'à raison des relations antérieures qu'il avait eues avec elle, il était investi de sa confiance; que, chargé de vendre un collier composé d'un certain nombre de perles, il n'a pas dû le décomposer et encore moins s'en appliquer une partie; en quoi il est mandataire infidèle.

Sur l'appel du joaillier, ce jugement fut confirmé par la Cour et devait nécessairement l'être. En droit et en

fait, la conduite de ce joaillier était inexcusable. Elle aurait pu motiver une condamnation plus sévère.

C'est surtout dans l'hypothèse d'un mandat facultatif que les devoirs du mandataire sont plus étroitement, plus impérieusement imposés. Il y a, en effet, de la part du mandant, une confiance tellement absolue, un abandon tellement entier, que la moindre infraction revêt le caractère du plus odieux abus.

1222. — La seconde obligation principale du mandataire est celle d'administrer en bon père de famille.

Cette obligation s'induit naturellement de la règle consacrée par l'article **1992**, suivant laquelle le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore de sa faute. Nous n'avons nullement à nous jeter dans l'examen théorique des fautes, tout ce que nous devons rappeler, c'est que, de l'avis de tous, le mandataire répond de sa faute, même légère. On a été même plus loin, on a voulu lui infliger la responsabilité de la faute très légère, mais cette doctrine a trouvé des contradicteurs, elle est combattue par M. Troplong notamment. Nous ne croyons pas à l'utilité d'approfondir cette difficulté dans une matière où l'arbitrage souverain du juge est l'*ultima ratio* de la solution, et où l'existence certaine d'un préjudice semble, par elle seule, amener la nécessité d'une réparation.

1223. — Au premier plan des fautes reprochables au mandataire, se place incontestablement l'infidélité dont il se serait rendu coupable dans l'exécution du

mandat. Cette faute est plus qu'une fraude, elle constitue un délit que les articles 407 et 408 du Code pénal punissent d'un emprisonnement et d'une amende.

Il y a, entre l'abus de blanc-seing et le détournement matériel, cette différence essentielle que le premier est punissable, quel que soit le caractère du mandat, tandis que le second ne devient réellement un délit que s'il a été commis par un mandataire salarié.[1] Mais, dans tous les cas, l'un et l'autre donnent incontestablement ouverture à l'action civile en réparation du préjudice qui en est résulté. La poursuite et les effets de cette action se régiraient par les principes que nous avons exposés en matière d'escroqueries.[2]

1224. — On est mandataire infidèle non-seulement lorsqu'on détourne une partie quelconque des deniers ou valeurs confiés, mais encore lorsqu'on applique à son propre usage les fonds perçus en cette qualité. Aux termes de l'article 1996, ce dernier abus oblige le mandataire à payer l'intérêt des fonds, à dater du jour de l'emploi.

Mais cet article n'a rien de limitatif et ne fait nul obstacle à ce que le mandataire soit condamné à la réparation intégrale du préjudice qu'il a occasionné. Or, plusieurs hypothèses peuvent s'offrir, dans lesquelles l'usage fait par le mandataire des fonds provenant du mandat en aura déterminé un tel, que le paiement des intérêts serait loin de le couvrir.

[1] Cass., 20 mai 1814 ; — Sirey, 14, 1, 149.
[2] V. *Sup.*, n[os] 18 et 19.

Ainsi, débiteur d'une somme envers Pierre, je remets cette somme à Paul, avec mandat d'éteindre ma dette. Au lieu de réaliser ce paiement, Paul applique à son usage personnel les fonds qui étaient destinés à en faire l'aliment. Cependant Pierre, non payé de ce qui lui est dû, dirige contre moi des poursuites, et je me vois obligé de payer moi-même non-seulement le capital et les intérêts, mais encore des frais plus ou moins considérables.

En cet état, se borner à condamner Paul à me rembourser le capital avec les intérêts, ne serait évidemment pas une indemnité suffisante pour le préjudice que sa mauvaise foi m'a fait éprouver. La justice exige donc qu'en pareilles circonstances une allocation de dommages-intérêts complète la satisfaction qui m'est due.

Ainsi encore, sachant que mon mandataire a touché des fonds m'appartenant, je contracte de mon côté des engagements auxquels j'espère faire face au moyen de ces fonds. Mais il se trouve que ces fonds ont été employés à l'usage personnel du mandataire, et que son impuissance à me les rembourser me place dans l'impossibilité de faire face à mes engagements dont on fait prononcer la résiliation. Il ne serait pas juste que, dans une pareille hypothèse, on me privât du droit de demander contre mon mandataire des dommages-intérêts dont la liquidation devrait comprendre non-seulement les frais que j'ai subi, mais encore l'indemnité du gain que la résiliation m'a fait perdre.

Vainement le mandataire voudrait-il se prévaloir de la disposition de l'article 1153. En réalité, son obliga-



tion n'a jamais été celle de payer une somme quelconque, le droit du mandant ne peut donc être régi par les principes concernant cette obligation. Tenu d'exécuter fidèlement son mandat, le mandataire est soumis à une obligation de faire, dont l'inexécution entraîne la nécessité d'un dédommagement, dans les limites tracées par l'article 1149.

1225. — Le mandataire civil ou commercial doit mettre la plus active diligence dans l'exécution de la mission qui lui est confiée. Toute infraction à ce devoir constituerait une faute grave obligeant sa responsabilité.

Ainsi il doit, dès qu'il a accepté, entreprendre l'opération confiée en ses mains. En commerce, surtout, le temps est précieux, car le moindre retard, pouvant voir se réaliser une variation sensible dans le cours des marchandises, est dans le cas de rendre l'achat plus onéreux ou la vente moins lucrative. Tout délai dans l'exécution, non justifié, peut donc causer un préjudice que le mandataire serait condamné à réparer.

1226. — Un des devoirs les plus pressants du mandataire est d'informer son mandant de la marche de l'opération, des variations survenant dans les cours, des obstacles qui s'opposent à l'accomplissement de sa mission, enfin des chances plus ou moins favorables qu'il est permis d'entrevoir : *Mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo quod inopinate evenit, vel de impedimento ex cujus causa nequit mandatum*

exsequi in forma præscripta, atque expectare ulteriora mandata.[1]

C'est qu'en effet une affaire commerciale est de nature à subir des phases diverses, pouvant dans bien de cas modifier les intentions du mandant, et même le faire changer d'avis. Il faut donc qu'il puisse, avec le plus de certitude possible, examiner ce qui lui convient; et comment le pourrait-il, si son mandataire s'abstient de toute communication? Un pareil silence, tendant à substituer l'appréciation du mandataire à celle du mandant, constituerait une violation du mandat et pourrait autoriser le dernier à laisser l'opération pour compte du premier.

Ce n'est pas seulement pendant le cours de l'opération que le mandataire doit ses conseils et ses avis, c'est surtout à l'origine et au moment de la réception de l'ordre qu'il est tenu de fournir les uns et les autres. Connaissant la place où doit se traiter l'opération, il peut juger de l'opportunité de l'ordre, de sa juste relation avec les prix du jour, en apprécier même les conséquences plus ou moins probables. Si, contre l'évidence, il se prêtait à l'exécution d'un mandat onéreux pour son auteur, il serait tenu du préjudice qu'il aurait volontairement occasionné.

1227. — Nous n'avons pas la prétention d'énumérer une à une les nombreuses fraudes que le mandataire peut commettre. Nous les résumons dans l'obligation

[1] Casaregis, *Disc.* 125, n° 22.

qui lui est imposée d'administrer en bon père de famille. En conséquence, tout ce qui s'écarte des soins, du zèle, de la vigilance qu'on rencontre dans celui-ci, est une faute grave engageant sa responsabilité.

Ajoutons que la gestion des affaires d'autrui exige, de la part de celui qui en est chargé, une circonspection et une retenue qu'on n'est pas obligé d'apporter à ses propres affaires. Les spéculations, les hasards qu'on peut entreprendre et braver dans ce qui nous concerne, on ne peut s'y livrer pour le compte d'autrui, à moins d'ordres exprès et formels. Celui qui agirait sans attendre ces ordres, s'exposerait à garder pour son propre compte les chances fâcheuses que l'opération subirait.

Enfin il en est des commissionnaires commerciaux comme des notaires, des avoués, etc. Ils promettent à leurs commettants *peritiam et industriam.* Il y a, ajoute M. Troplong, dans la pratique de la commission, une expérience de la qualité et du cours de la marchandise, une connaissance des bonnes maisons, une habileté à traiter les affaires qui font le commissionnaire intelligent et donnent au commettant toute sécurité.[1]

Celui-là donc qui prend la qualité de commissionnaire, annonce, par cela seul, posséder cette expérience de la marchandise et du cours, cette connaissance des bonnes maisons et cette habileté à traiter les affaires qu'on recherche dans celui qu'on se substitue. Conséquemment aussi, si, au lieu de ces qualités, on ne rencontre qu'ignorance et impéritie, comment ne seraient-on pas

[1] Art. 1992, n° 405.



en droit de se faire indemniser du préjudice qu'entraîne l'une ou l'autre?

1228. — Or il y aurait impéritie rare si, chargé d'une opération, le commissionnaire allait l'annoncer publiquement, afficher le nom de son commettant et trahir ainsi le secret de ses affaires. On l'a dit bien souvent, le secret est l'âme du commerce, et sa divulgation a été de tout temps considérée comme une faute grave : *Perchè tra mercadanti, si uza questa prudenza, di tenere oculti et segretti i loro negozi, et di suoi corrispondenti.*[1] C'est pourquoi, observe Ansaldus, le correspondant achette en son propre et privé nom, quoique achetant réellement pour le compte d'autrui : *Inter mercatores admittitur de stylo, quod licet mandatarius emat ad favorem alterius, in emptione tamen id non soleat exprimere, sed emat nomine proprio.*[2]

1229. — Il y aurait impéritie à accepter comme bonne une marchandise de qualité inférieure ou mauvaise. La réception qu'en aurait fait le mandant ne créerait aucun obstacle à ce qu'il pût ultérieurement s'en plaindre, et à ce qu'il la laissât pour compte du commissionnaire. Cette solution suppose un mandat facultatif. En effet, lorsque l'ordre est impératif, quant à la qualité, celui qui l'a donné doit, avant de recevoir, s'assurer si l'ordre a été rempli comme il l'entendait qu'il

[1] Casaregis, *Disc.* 58, n° 14.
[2] Ansaldus, *de Ansaldis*, disc. 30, n° 32.

le fût. La réception qu'il ferait d'une marchandise non conforme constituerait une ratification expresse de l'opération.

1230. — Il y aurait encore impéritie et faute grave, si le mandataire avait vendu à des acheteurs notoirement insolvables. C'est ce caractère de notoriété qui est seul constitutif de la fraude. La solvabilité commerciale n'est pas toujours une vérité, et l'apparence l'emporte souvent sur la réalité. Il ne saurait donc y avoir matière à reproche si, guidé par cette apparence et partageant l'erreur générale et commune, le mandataire avait vendu à des personnes qu'il devait croire solvables, malgré qu'elles ne le fussent pas. Sa faute commence lorsque le crédit de la maison avec laquelle il traitait à terme, notoirement ébranlé, devait lui inspirer des justes craintes pour l'avenir. A plus forte raison, ne pourrait-il être recherché si l'insolvabilité de l'acheteur n'est survenue que postérieurement à la vente.

1231. — La substitution que le mandataire ferait de ses pouvoirs, sans y être autorisé, constituerait une faute grave. Les conséquences seraient pour lui la nécessité et l'obligation de répondre des faits de celui qu'il s'est irrégulièrement substitué. Il en serait de même si, autorisé à déléguer ses pouvoirs, il les avait remis à un homme insolvable ou immoral, à moins que ce choix ne lui eût été nominalement imposé par le mandat.

Toutefois, la responsabilité d'une substitution non

autorisée reçoit exception, lorsque, par une circonstance imprévue, le mandataire, empêché d'agir dans un moment où l'affaire ne pouvait plus être arrêtée ou suspendue, charge quelqu'un de faire ce qu'il ferait lui-même, s'il le pouvait. Dans une pareille circonstance, la substitution est tout entière dans l'intérêt du mandant; elle est dans l'esprit, si non dans la lettre du contrat. On ne saurait, en effet, admettre que l'intention du mandant n'a pas été de l'autoriser dans une position aussi critique pour ses intérêts.

Il suffirait donc que l'empêchement et l'urgence existant, le mandataire eût momentanément confié la direction de l'affaire à un homme d'une solvabilité certaine, d'une moralité irréprochable, pour que sa responsabilité fût complètement dégagée, alors même que, mentant à ses antécédents, le mandataire substitué eût abusé de la confiance qui lui a été témoignée. Cette solution, admise par l'école italienne, a été consacrée par la doctrine française. [1]

1232. — A côté de la responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant, existe celle qu'il peut assumer à l'égard des tiers. Mais cette dernière, résultant ordinairement des termes dans lesquels l'engagement a été pris, sort de notre matière. Il est une seule hypothèse où elle peut provenir de la faute, à savoir, lorsque le mandataire a excédé les limites de son mandat.

Il faut donc, pour qu'elle se réalise, que le manda-

[1] Delamarre et Lepoitevin, tom. II, nos 56 et suiv.; — Troplong, art. 1994, n° 472.

taire ait agi en cette qualité, et pour compte du mandant; qu'il n'ait pas donné connaissance suffisante de ses pouvoirs; qu'il les ait excédé : à ces conditions, et, quels que soient les termes de l'engagement, le mandataire a eugagé sa responsabilité et répond personnellement des obligations contractées en dehors de ses pouvoirs.

1233. — La troisième obligation imposée au mandataire est celle de rendre compte.

Cette obligation n'étant que la conséquence de la qualité de comptable, est régie par les principes généraux applicables aux redditions de compte. Le mandataire est soumis aux mêmes devoirs que tout autre comptable, devoirs que nous avons retracés notamment en traitant de l'associé gérant. Nous n'avons donc à rappeler ici que quelques règles spéciales au mandat.

La première est celle tracée par l'article 1993 du Code civil, à savoir : que le mandataire est tenu de faire raison de tout ce qu'il a reçu à l'occasion du mandat, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

Ces expressions comprenent tout ce qui a été produit directement ou indirectement par le mandat. Cette règle est puisée dans le droit romain: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere opportet, debere eum præstare quamtum cum emolumenti sensit.* [1] La raison commandait ce résultat, tout ce qui est

[1] L. 10, § 3 et L. 20, Dig., *mandati.*

produit par la chose confiée à titre de mandat augmente naturellement cette chose et appartient dès-lors à son propriétaire. Le mandataire ne peut réclamer que le salaire convenu, tout ce qu'il retiendrait au-delà, il le garderait sans droit ni titre. La dissimulation qu'il en ferait constituerait une infidélité engageant profondément sa responsabilité.

1234. — L'obligation de tout restituer s'applique même aux profits illégitimes que le mandataire se serait procuré, par exemple, aux intérêts usuraires qu'il aurait perçu. Cette doctrine, professée par nos anciens jurisconsultes et notamment par le président Favre, doit, de l'avis de M. Troplong, être suivie sous l'empire du Code.[1]

Cependant son application doit se restreindre au cas où le profit illicite a été perçu dans le développement naturel du mandat. Ainsi, lorsque celui-ci a consisté dans la remise d'une somme d'argent pour la faire valoir pour le compte du mandant, quel qu'en ait été l'emploi, il est censé fait dans l'intérêt de celui-ci et doit conséquemment lui profiter intégralement et exclusivement.

Si le mandat n'assignait aucune destination aux fonds, l'emploi que le mandataire en fait n'est qu'un abus, et le mandant n'est pas autorisé à en revendiquer le bénéfice. Contrairement à ses devoirs, le mandataire a illégalement appliqué à son usage personnel les fonds

[1] Art. 1993, nos 422 et suiv.

qu'il devait tenir à la disposition du mandant. Or, les conséquences de cette fraude ayant été prévues par l'article 1996, ce dernier ne saurait exiger que l'intérêt légal de ces sommes et, suivant les cas, des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'il en a éprouvé.

Ainsi, tous les profits réalisés, à l'occasion et par l'exécution du mandat, appartiennent exclusivement au mandant et doivent lui être remboursés ; ceux provenant de l'abus ne sont pas restituables, sauf la responsabilité que cet abus fait peser sur le mandataire.

1255. — Ce dernier ne peut de plus rien retenir au-delà du salaire convenu pour ses peines et soins, vainement voudrait-il s'étayer de prétendus usages pour se faire allouer quelque chose en sus. Un arrêt de la Cour de Lyon, du 23 août 1831,[1] a fait bonne justice de prétentions de ce genre. Il paraît que, sur cette place importante, les commissionnaires avaient pris l'habitude de coter les prix d'achat à leurs commettants plus cher qu'ils ne les avaient payés eux-mêmes, par cette manière, ils joignaient à leurs droits de commission le bénéfice résultant de la différence dans les prix. Actionné en restitution de cette différence, un de ces commissionnaires voulait justifier son refus par l'usage qu'il soutenait être conforme à ses prétentions. Mais l'usage, répondit l'arrêt, ne peut, dans aucun cas, légitimer une

[1] D. P. 33, 2, 69.

fraude trop coupable pour que la justice ne s'empresse pas de la frapper de toute sa réprobation.

Aux termes de l'article 1996, le reliquat du compte porte intérêt du jour de la mise en demeure.

1256. — Les obligations du mandant se réfèrent aux droits du mandataire, à ceux des tiers ayant traité avec ce dernier.

A l'endroit du mandataire, il est juste que le mandat ne puisse jamais devenir pour lui une occasion de perte. Cette règle d'équité explique la disposition des articles 2000 et suivants du Code civil.

L'obligation d'indemniser le mandataire est indépendante de l'issue de l'opération. Celui-ci n'a, dans aucun cas, garanti le succès de sa mission; ce à quoi il s'est engagé, çà été de consacrer tous ses efforts, tous ses soins à le déterminer; que s'il échoue, et qu'on n'ait à lui reprocher ni imprudence, ni négligence, ni faute, il a rempli la tâche qui lui était confiée et l'obligation de le rendre indemne ne saurait être recusée.

La loi veut de plus que les avances qu'il a faites, dans l'intérêt du mandant, produisent intérêt du jour où elles sont régulièrement constatées. Personne ne doit et ne peut s'enrichir au dépens d'autrui. Or, telle serait la position du mandant si, profitant des avances faites par le mandataire, il était dispensé de lui payer les intérêts qu'il aurait infailliblement supporté en faveur de tout autre prêteur. Il ne serait pas juste, d'autre part, que le mandataire fût privé, par l'effet du mandat, du revenu

qu'il aurait retiré de ses fonds, s'il les eût appliqués à ses propres affaires.

Enfin, lorsque le mandataire a fidèlement rempli sa mission, on ne peut pas réduire le montant de ses avances et frais, sous prétexte qu'ils auraient pu être moindres. Chacun doit subir les conséquences de l'administration à laquelle il a spontanément recouru. Il suffit donc que les avances et frais soient certains pour que le mandant soit tenu de les solder intégralement, sauf l'hypothèse d'une exagération évidente et frauduleuse.

1237. — Relativement aux tiers, le mandant est obligé d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, ce principe n'a jamais fait ni pu faire l'objet d'un doute, *qui mandat ipse fecisse videtur*. Mais, pour que cette règle puisse être invoquée par les tiers, il faut que le mandataire ait contracté en sa qualité et pour compte du mandant; qu'il ait agi dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

1238. — La première condition se réalise assez ordinairement dans les affaires civiles, sauf quelques rares exceptions, le mandataire n'est pas même autorisé à agir en son nom. Pareille chose peut également être remarquée en matière commerciale, où cependant, le plus souvent, le mandataire agit en son propre et privé nom. C'est notamment ce qui est de droit commun pour les affaires traitées par le ministère des commis-voyageurs.



1239. — Cependant les traités ainsi souscrits sont de nature à donner naissance à la fraude. Il n'est pas rare, en effet, de voir une maison de commerce prétendre que son commis-voyageur n'a la faculté de l'engager que sauf ratification de sa part. Cette ratification qu'elle donne, en cas de stagnation ou de baisse de l'article, elle prétend la refuser dans le cas de hausse survenue depuis le traité et avant son exécution. Ainsi l'acheteur seul serait lié, sans qu'il pût revendiquer aucune réciprocité de la part du vendeur.

Cette difficulté que nous signalons est d'autant plus grave que sa solution partage la jurisprudence. Ainsi, la Cour de Paris a jugé, le 2 janvier 1828, que le commis-voyageur d'un négociant est, par ce seul titre, revêtu aux yeux des tiers d'un mandat général d'agir au nom de son commettant; que celui-ci ne peut donc se refuser à exécuter les ventes faites par le commis-voyageur, alors même que le mandat de celui-ci se trouverait restreint par des conventions particulières. [1]

Mais le contraire résulte d'un arrêt de la Cour de Montpellier, du 27 décembre 1826, jugeant que les commissions données à un commis-voyageur, et acceptées par lui au nom de sa maison, ne sont réputées que de simples commandes ou propositions de vente, si ce commis-voyageur n'a un pouvoir exprès de lier définitivement la maison qui l'envoie. [2]

[1] D. P., 28, 2, 2; — v. Metz, 4 juin 1825; — Paris, 8 novembre 1836; — Douai, 29 août 1844; — Rouen, 7 janvier 1845; — J. D. P., t. I, 1845, p. 27 et t. II, p. 359.

[2] D. P., 27, 2, 198; — v. cass., 19 décembre 1821; — Rennes, 8 juillet 1839; — Montpellier, 24 décembre 1841; — J. D. P., t. II, 1839, p. 589, t. II, 1842, p. 762.

Cette divergeance est regrettable, car elle laisse indécise une question que l'intérêt général du commerce voudrait voir résoudre en termes simples et nets. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous ranger au premier système, qui nous paraît plus rationnel et prêter beaucoup moins à la fraude que nous venons de signaler; à notre avis donc, le commis-voyageur est, par ce seul titre, le mandataire légal de celui qui l'accrédite, et qu'il a dès-lors la faculté d'engager, à moins qu'une publicité formelle, ou que la correspondance directement adressée aux commerçants, que le commis visitera, n'ait fixé en sens contraire les pouvoirs qui lui sont confiés.

Les circonstances de fait, la position de la maison, la nature de son commerce, seront des éléments utiles à consulter pour la solution de notre difficulté. Ainsi le mandat de vendre sera plus facilement présumé lorsque le commis-voyageur représentera un fabricant, un producteur cherchant à écouler ses produits ainsi qu'il le pratique habituellement.

Il pourrait en être autrement pour le commis-voyageur attaché à une maison de commission. Mais comme les commissionnaires ont très souvent des marchandises leur appartenant, le commis-voyageur, député pour prendre des commissions, l'est également pour la vente de ces marchandises. Dans cette hypothèse, le sort du litige devrait tenir à la nature du contrat souscrit par le commis-voyageur et la qualification donnée à l'opération, la correspondance pourrait également être consultée avec fruit.

Que si l'engagement pris par le voyageur porte *vendu à tel...* et non *commis par tel*, le contrat sera une vente et non une commission. Vainement la maison prétendra-t-elle qu'elle n'avait pas donné mission de vendre, la présomption est que le commis-voyageur exécute littéralement son mandat. D'ailleurs, l'abus qu'il ferait de ses pouvoirs serait imputable au commettant, ayant dans tous les cas le tort d'avoir investi de sa confiance une personne qui n'en était pas digne. Il serait donc juste de lui en laisser la responsabilité, à moins qu'il ne prouvât que le tiers a connu le véritable caractère du mandat et s'est associé à sa violation.

En droit commun, la connaissance du mandat est présumée chez celui qui traite avec un mandataire, mais les usages du commerce et la foi qui s'attache ordinairement aux commis-voyageurs motivent justement une dérogation à cette règle. D'ailleurs, les pouvoirs de ces commis résultent plus souvent de la notoriété publique, de la remise des cartes et échantillons que d'un mandat écrit et formel. Aussi n'est-on pas habitué dans le commerce à se faire exhiber les pouvoirs des commis-voyageurs.

1240. — Le plus ordinairement, les mandataires commerciaux agissent en leur propre et privé nom. C'est là, avons-nous dit, une conséquence de l'avantage que trouve le commerçant à dérober à ses concurrents la connaissance des places sur lesquelles il opère. De là cette double règle :

1° Le mandant n'ayant aucune action contre les tiers, ne peut être actionné par eux;

2° Le commissionnaire n'est, dans aucun cas, tenu de divulguer le nom de son commettant.

1241. — La première règle reçoit exception : 1° lorsque le mandataire est déclaré par une disposition expresse de la loi la personnification du mandant. De telle sorte que l'emploi de la qualité à laquelle cet effet se rattache suffit pour rendre ce dernier personnellement tenu. Ainsi le capitaine de navire est le représentant naturel et légal de l'armateur. Conséquemment celui qui traite avec lui, quoiqu'en son propre et privé nom, traite réellement avec l'armateur lui-même qu'il a pour obligé, malgré qu'il ne le connaisse pas même de nom.

Cette exception doit être renfermée dans de justes limites, on ne l'admettra donc que dans le cas où l'engagement du capitaine se réfère à la navigation du navire dont la direction lui est confiée; tout ce qu'il ferait en dehors de cet intérêt serait étranger à son armateur, qu'on ne pourrait dès-lors rechercher sous aucun prétexte.

1242. — 2° Lorsque, de notoriété publique, l'affaire se traite pour le compte d'un mandant parfaitement connu et au crédit duquel les tiers ont fait exclusivement confiance.

Cette exception est susceptible d'acquérir une grande importance dans les pays de production et relativement aux commerçants de la localité. Ainsi, chaque maison

de commerce a dans les villages environnants des personnes habituellement chargées d'acheter pour son compte les vins, les huiles, les amandes, les laines, les soies, en un mot les diverses productions du pays. Ces personnes, quoique traitant en leur nom personnel, sont cependant notoirement connues comme les fondés de pouvoirs de la maison qui les prépose. C'est à cette maison que les vendeurs font foi, car assez habituellement encore les mandataires n'offrent aucune solvabilité réelle, eu égard à l'importance des achats qu'ils réalisent.

Admettre en cet état que la maison, pour compte de laquelle se font ces achats, est à l'abri de tous recours de la part des vendeurs, ce serait s'exposer à consacrer la plus abominable de toutes les fraudes, la plus odieuse spéculation. En effet, par une collusion facile entre le commettant et le commissionnaire, le premier profiterait des marchandises qu'il paraîtrait avoir payées à celui-ci, contre lequel les vendeurs seraient réduits à se pourvoir. Recours illusoire pour eux, peu onéreux pour le commissionnaire qui trouverait dans son insolvabilité le moyen d'en éluder les effets.

Il est impossible que le législateur ait pu jamais vouloir consacrer un pareil résultat, ni permettre que la faculté pour le commissionnaire d'agir en son nom, introduite dans l'intérêt du commerce, fût susceptible de masquer une fraude aussi déloyale.

1243. — C'est la pensée de Pothier, qui n'hésite pas dès-lors à résoudre la difficulté dans le sens seul équitable. Le mandataire, dit-il, est obligé principal, puis-

qu'il a donné son nom, mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que le contrat s'est fait. Le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire, et de cette obligation accessoire du mandant naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont, contre le mandant, ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant : *Si quis pecuniæ fænerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus propositus est, ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligavitur.* [1]

L'opinion contraire est enseignée par MM. Delamarre et Lepoitevin : ou le commerçant qui agit pour autrui, disent-ils, fait connaître son mandat à l'autre contractant, et alors il ne s'oblige pas, celui-là seul est obligé au nom duquel il contracte ; ou il traite en son propre nom sans exprimer son mandat, sans agir *nomine alterius*, et, dans ce cas, lui seul est obligé, et nullement celui pour lequel il a entendu réellement contracter et dont il a reçu mandat. [2]

Telle est en effet la doctrine de deux maîtres célèbres, Ansaldus et Casaregis, invoqués par nos auteurs. Telle est, ajouterons-nous, la règle ordinaire devant régir le plus usuellement les opérations commerciales. Mais est-ce à dire que cette règle soit tellement inflexible qu'elle ne comporte aucune exception? Elle serait, si cela était, l'unique en son genre.

[1] Du *Mandat*, n° 88.
[2] T. II, p. 504, n° 267.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à tenir que, comme toutes les autres, la règle est ici susceptible d'une exception. Cette exception est naturellement indiquée par l'exacte appréciation des bases sur lesquelles se fonde la règle.

Ces bases sont : d'une part, la solvabilité du commissionnaire; de l'autre, le secret que le commettant a voulu garder. Celui qui traite avec un commerçant solvable ne peut et ne doit supposer personne derrière celui avec qui il contracte. Il n'a compté et pu compter pour son paiement que sur l'efficacité de la promesse personnelle qui lui en est faite ; il n'aurait certainement pas traité, s'il eût considéré cette promesse comme insuffisante. Or ne lui fait donc aucun grief en lui refusant un cautionnement qu'il n'a pas même exigé. Pourrait-il d'ailleurs raisonnablement prétendre avoir compté sur la solvabilité du mandant demeuré dans le secret le plus absolu, et qu'aucun indice ne désignait ni directement, ni indirectement ?

Peut-on en dire autant de celui qui traite avec une personne notoirement en-dessous de la solvabilité qu'exigerait l'importance de l'opération? Mais un négociant qui agirait ainsi, le propriétaire qui userait d'une telle confiance seraient des insensés qu'il serait urgent de faire interdire dans leur propre intérêt.

Un fait aussi anormal suppose donc qu'on a su qu'à côté de l'acheteur et derrière lui, existait quelqu'un dont la solvabilité certaine commandait cette confiance qu'on lui a indirectement faite. Il n'est donc plus possible de dire avec Casaregis : *Quia apparet mercatorem*

personam tantum contrahentis, in suo contractu contemplasse, nullumque ad personam mandantis respectum habuisse. Ainsi s'efface cette première et essentielle base de la règle invoquée.

Lorsqu'à ce premier fait, vient se joindre cette autre circonstance, à savoir : l'existence notoire et certaine d'un mandat en faveur de celui qui a contracté ; lorsque l'auteur de ce mandat est publiquement nommé ; lorsqu'enfin lui-même a concouru à former cette notoriété soit en transmettant publiquement des ordres à son mandataire, soit en le désignant comme tel, soit en faisant enlever lui-même la marchandise achetée par lui, est-ce qu'on pourra seulement hésiter ? Qu'importe que le mandataire ait traité en son nom personnel, n'est-il pas évident que c'est avec le mandataire de la maison désignée qu'on a entendu contracter, qu'on a réellement contracté ? Il serait donc absurde de vouloir, en cet état, appliquer une règle qui n'a plus de fondements et qui devient dès-lors raisonnablement, équitablement inapplicable.

M. Troplong, en traitant notre question, rapelle ce qu'il a dit en matière de société, à savoir : lorsqu'un associé contracte seul, en son propre et privé nom, il n'oblige que lui ; les tiers qui ont suivi sa foi n'ont pas d'action contre la société, et cela quand même celle-ci aurait profité du contrat. Mais lorsque la société n'existe que de fait, que cette existence est notoire, et qu'il est reconnu que les tiers en ont suivi la foi, il importe peu que la société n'ait pas été formellement nommée dans

les actes passés avec les tiers, les circonstances de fait la font considérer comme obligée.

Pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse, se demande le profond magistrat, l'habile jurisconsulte? Le mandataire est comme l'associé, il n'oblige son mandant envers les tiers que lorsqu'il a pris la qualité de son mandataire. Mais pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position que les tribunaux doivent apprécier avec équité.[1]

M. Troplong approuve conséquemment les arrêts de la Cour de Rennes, que MM. Delamarre et Lepoitevin frappent de réprobation. Il les corrobore par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 août 1844, rendu à son rapport.

1244. — En définitive, la question doit se résoudre sous l'empire de la règle tracée par Ausaldus : *Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu, contractus reperitur celebratus.*[2] Cette personne est de plein droit celle du mandant, dans le cas où le contrat est fait sous son nom et pour son compte ; c'est celle du mandataire, lorsque c'est sous nom propre et privé qu'il a agi. Mais, dans ce dernier cas, le mandant peut

[1] Art. 1997, n[os] 540 et suiv.
[2] *Disc.* 12, n° 7.



également se trouver obligé, si les circonstances établissent que notoirement connu, le crédit dont il jouissait a été la cause déterminante du contrat. Il faut dire avec M. Troplong que, s'il en était autrement, la fraude s'emparerait de ce moyen de droit pour tromper les tiers, on mettrait les mots au-dessus des choses, les apparences concertées au-dessus de la réalité.

1245. — A son tour, le principe que le mandataire n'est pas tenu de faire connaître son mandant, reçoit exception en matière d'assurances, les fondements de cette exception résident dans la nature même de ce contrat.

L'assurance ne peut exister sans un risque certain et déterminé. Elle ne peut jamais devenir l'objet d'un jeu sur les chances de la navigation.

D'autre part, il n'est peut-être pas de contrat qui exige plus l'emploi d'un intermédiaire, l'assurance se faisant à des distances telles que l'obligation pour l'assuré de la souscrire en personne, équivaudrait souvent à une interdiction absolue de la faculté d'y recourir.

Enfin, et comme dans toutes les matières commerciales, le secret, sur la propriété de choses assurées, peut être indispensable au succès de l'opération. De là un grave intérêt pour le véritable assuré à dissimuler son nom et sa qualité.

Ces considérations ont été de tous les temps appréciées, elles ont déterminé l'autorisation de contracter l'assurance par commissionnaire agissant pour compte *de qui il appartiendra*, ou pour compte *de qui que ce soit*.

Mais si, le sinistre se réalisant, le commissionnaire pouvait continuer de taire le nom de son commettant, l'assurance dégénèrerait bientôt en une gageure sur les fortunes de mer. En effet, un négociant, sachant qu'un navire part ou est parti pour un voyage déterminé, ferait assurer pour compte de qui il appartiendra une somme plus ou moins importante soit sur le navire lui-même, soit sur la cargaison. Si le voyage réussissait, il en serait quitte moyennant le paiement de la prime; si le navire venait à se perdre, il réaliserait un bénéfice sans avoir jamais eu un risque quelconque à son bord.

La nécessité d'empêcher ce jeu, de veiller à la sincérité de l'assurance, exigeait donc que le sinistre se réalisant, et sur la première réquisition des assureurs, le commissionnaire fût tenu de nommer la personne pour le compte de laquelle il a agi; et comme nul ne peut être assuré contre son gré et sans son consentement, le commissionnaire serait tenu, en nommant l'assuré réel, de produire soit la lettre d'ordre, soit la ratification de l'assurance, si celle-ci était son fait spontané.

En effet, un commissionnaire, chargé d'expédier des marchandises à un commettant quelconque, peut, dans l'intérêt de celui-ci, les faire assurer sans en avoir reçu, sans même en attendre l'ordre. C'est là un acte de bonne, de prévoyante administration. Mais, en cas de sinistre, l'assurance ne vaut qu'en tant que cet acte a été approuvé et ratifié par le propriétaire des objets assurés, le défaut de ratification, comme celle qui serait postérieure au sinistre annulerait l'assurance. Il importe, en effet, pour que la ratification puisse produire un effet utile, qu'elle

soit donnée à une époque où le risque étant encore en suspens, *l'aléa* inséparable d'une assurance soit réellement couru. C'est encore là une règle que nous a léguée l'école italienne : *E docendo la ratificazione seguire re integra, cioe, avanti il sinistro, in tempo e stato di cose, nel quale l'atto ratificato potesse validamente farsi.*[1] Or, après le sinistre, l'assurance est impossible, dès-lors la ratification l'est également.

Sous ce rapport donc, la dérogation à la règle que le commissionnaire n'est pas obligé de faire connaître son commettant, est parfaitement justifiée. Il est une autre considération qui ne la commandait pas moins impérieusement.

1246. — Aux termes de l'article 348 du Code de commerce, toute réticence, toute fausse déclaration qui diminuerait l'opinion du risque, ou qui en changerait le sujet, annulle l'assurance. Le contrat n'est valable qu'autant que les assureurs ont été instruits de tout ce que l'assuré savait lui-même sur la navigation du navire, sujet du risque ou porteur de ce risque.

Or l'obligation de tout déclarer ne s'applique pas seulement au commissionnaire, souscrivant la police, mais encore et essentiellement à l'assuré dans l'intérêt de qui cette police est souscrite. Quelle qu'ait été la bonne ou la mauvaise foi du premier, l'assurance ne doit pas moins succomber, si le second est convaincu de réticence ou de fausse déclaration.

[1] Casaregis, *Disc.* 173, n° 31.

Il importait donc aux assureurs d'obtenir la production de la lettre d'ordre et de connaître ainsi le véritable intéressé. Car de deux choses l'une : ou le commissionnaire n'a pas indiqué toutes les circonstances que l'ordre renfermait, et l'assurance est nulle par le fait du commissionnaire, seul responsable de sa faute envers son commettant ; ou les indications de la lettre d'ordre auront été fidèlement exécutées, et les assureurs pourront toujours faire tomber le contrat, en prouvant que l'auteur de cette lettre a volontairement omis d'y consigner des circonstances qu'il connaissait et qui étaient de nature à influer sur l'opinion du risque : *Scientia domini sibi præjudicat ! licet ejus procurator in contrahendo, illam non habuerit.*[1]

C'est donc la conduite du mandant que les assureurs auront à explorer dans le plus grand nombre des cas. Or, comment auraient-ils pu user de ce droit d'un si haut intérêt pour eux, si, après comme avant le sinistre, le commissionnaire avait pu leur taire le nom du véritable intéressé.

1247. — Ainsi l'assuré répond de la faute et de la fraude du commissionnaire qu'il s'est choisi et avec lequel il s'identifie, à plus forte raison, doit-il répondre de sa propre faute. Il ne serait pas juste de lui permettre d'en tirer avantage, par cela seul qu'il aurait confié à un tiers le soin de souscrire une assurance, en lui cachant des circonstances que les assureurs avaient le plus grand in-

[1] Casaregis, *Disc.* 9, n° 19.

térêt à connaître. Cette évidente injustice ne pouvait être évitée que par l'obligation faite au mandataire de faire connaître son mandant et de produire la lettre d'ordre. Celui-ci connu aura à répondre de sa réticence, de sa fausse déclaration, il aura de plus à prouver qu'il était réellement propriétaire des choses assurées.

Nous retrouvons l'identification du mandataire et du commettant dans les conséquences à tirer de l'article 365 du Code de commerce. Aux termes de sa disposition, il ne peut exister d'assurance valable si avant la signature de la police l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'heureuse arrivée. Or, pour l'application de cette règle, il importe peu que la perte ignorée du mandant soit connue du commissionnaire, ou réciproquement; il suffit qu'elle le soit de l'un d'eux pour que le contrat ne puisse sortir à effet.

Ainsi, dit Émérigon, si, lors de la signature de la police, le commissionnaire, qui fait l'assurance pour compte d'autrui, est instruit du sinistre, l'assurance est nulle, quoique le commettant l'ait ignorée.

Elle est également nulle, si ce dernier était instruit du sinistre, lorsqu'il a donné ordre de faire assurer, quoique le commissionnaire ait été de bonne foi.

Il en est de même si le commettant, instruit à temps pour révoquer l'ordre, a omis de le révoquer.[1]

1248. — La dissimulation, que le commettant ferait à son commissionnaire de la connaissance du sinistre,

[1] Des *Assurances*, chap. 15, sect. 8.

constituerait de sa part un véritable dol. Or, quelle que soit l'identification que nous venons de voir se réaliser entre eux, elle ne peut jamais aller jusqu'à rendre celui-ci responsable d'un dol personnel au commettant et auquel il serait resté étranger. C'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 8 mai 1844. [1] Dès-lors, la double prime que cette dissimulation entraînerait, aux termes de l'article 368, ne pourrait être mise à la charge du commissionnaire de bonne foi.

1249. — Ce résultat est d'ailleurs une conséquence logique de la déclaration du nom de celui pour compte de qui l'assurance a été prise. Cette indication n'a certes pas pour effet d'effacer les obligations personnellement contractées jusque là par le comissionnaire. Il faut donc dire avec Casaregis : *Facta nominatione, stipulator non exit e contractu, qui erat in eo radicatus ab initio, sed persona nominata accumulatur ipsi contractui.* [2] Le commissionnaire restera donc débiteur de la prime convenue, et de toutes les obligations contractées par la police.

Mais cette nomination réalisée, les assureurs se trouvent désormais en présence de leur véritable adversaire. Ils peuvent scruter sa conduite, et tout ce qui ressort de cet examen amiable ou judiciaire ne peut plus concerner que l'assuré. Le commissionnaire n'a

[1] D. P. 44, 1, 238.

[2] *Disc.*, 5, n° 26 ; — Ansaldus, *Disc.*, 12 ; — Valin,, t. II, p. 33, 34 ; — Troplong, art. 1997, n° 564.



pas même qualité pour se prétendre intéressé au procès; à quel titre donc lui ferait-on supporter la peine que le dol ou la fraude de son commettant pourra faire prononcer?

1250. — La seconde condition pour que le mandant soit tenu envers les tiers, c'est que le mandataire ait agi dans la limite du mandat. S'il a excédé ses pouvoirs et que les tiers les aient suffisamment connus, le mandant n'est pas tenu : *Non essendo ademptita la forma del mandato, non e tenuto il mandante a osservare e ratificare chio che vien fato del mandatario.* [1]

1251. — L'abus du mandat crée donc une exception en faveur du mandant, mais ses effets diffèrent suivant que cette exception est opposée au mandataire ou aux tiers avec lesquels il a traité.

Le mandataire qui a sciemment outre-passé son mandat, a commis une faute dont il doit répondre. Il ne peut, conséquemment, contraindre le mandant à le relever des engagements qu'il a personnellement contractés, ni le forcer à lui rembourser les avances et frais exposés. Cette règle a un fondement rationnel et équitable, nul ne peut être engagé au-delà de sa volonté et contre ses ordres exprès. Or, si l'étendue de cette volonté peut quelquefois être contestable, tout doute est impossible lorsqu'elle résulte expressément et formellement du mandat écrit. D'ailleurs, celui qui

[1] Casaregis, *Disc.*, 119, n° 9.

ne se conforme pas aux ordres qu'il a reçus, ne peut agir, en réalité, à titre de mandataire. C'est personnellement qu'il contracte, c'est donc aussi lui seul qui s'oblige.

En conséquence, pour ce qui concerne le mandataire, la règle prescrite par l'article 1998 est générale et absolue. Le mandant n'est jamais engagé par ce qui a été fait au-delà de ses ordres et contrairement à ses intentions. Tout ce qui a été fait dans ce sens lui demeure étranger, il n'a pas même besoin d'en faire prononcer la nullité. Cette nullité est de plein droit et résulte de l'excès du mandat.

Mais l'existence de l'abus peut être contestée, et ce n'est qu'en tant qu'il est certain que les effets que nous venons de rappeler se réalisent. Le doute qui s'élèverait à cet égard offrirait une question d'interprétation que les tribunaux décideraient souverainement et en fait.

Or, le doute peut naître des termes obscurs et ambigus employés par le mandant. Mais, à cet égard, il importe de remarquer que le mandataire, toutes les fois qu'il se crée des doutes sur l'étendue de son mandat, doit provoquer des explications et conformer sa conduite à celles qui lui sont données. Il ne pourrait donc se prévaloir de l'obscurité ou de l'ambiguïté du mandat, s'il a eu tout le temps nécessaire pour demander et obtenir ces explications. Mais il ne serait pas juste de le rendre victime de l'erreur qu'il a pu commettre de bonne foi, si l'accomplissement du mandat devant se réaliser dans un temps voisin de sa réception, le mandant n'a pu être consulté, ni répondre en temps utile.

Dans cette hypothèse, la faute de ne s'être pas suffisamment expliqué devrait retomber sur lui.

1252. — La certitude de l'excès, suffisante contre le mandataire, ne suffit plus contre les tiers. Il faut, de plus, que ceux-ci aient pu apprécier l'excès; qu'ils aient, conséquemment, connu les pouvoirs de celui avec qui ils ont contracté. Cette connaissance est, dans tous les cas, présumée. Il est naturel, en effet, que celui qui traite avec une personne se disant mandataire d'un tiers, lui fasse exhiber ses pouvoirs. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire que le tiers est toujours recevable à produire.[1]

1253. — Par rapport aux tiers, la règle que le mandant n'est pas tenu de tout ce qui excède le mandat est susceptible de quelques autres exceptions. Ainsi, le tiers ne pourrait être éconduit que si la production du mandat et sa connaissance ne lui permettaient pas de se tromper de bonne foi sur son étendue. L'ambiguïté, l'obscurité des termes serait donc pour lui une excuse légitime. On ne pourrait consacrer le contraire sans s'exposer à de graves injustices. Bientôt l'une ou l'autre ne serait plus que l'effet du calcul pour se ménager, dans tous les cas, une porte de sortie et rendre ainsi les tiers victimes d'une fraude manifeste.

1254. — Une autre exception se réaliserait incon-

[1] Voy. cependant *supra*, n° 1239.

testablement dans l'hypothèse ou l'excès consisterait dans l'emploi de la procuration, alors que l'objet pour lequel elle a été consentie aurait reçu son accomplissement. Je charge un mandataire d'emprunter pour moi une somme de 1,000 fr. Cet emprunt est effectivement réalisé et le mandat a produit tout son effet. Mais j'omets de retirer la procuration, et celui qui en est porteur contracte un second, un troisième emprunt. Il y a là, évidemment, un coupable excès de pouvoirs; mais le second et le troisième prêteur ne sauraient être privés de leur recours, que si, connaissant le premier emprunt, ils se sont associés à l'infidélité du mandataire. Si cette preuve n'est pas fournie, il leur suffit d'avoir suivi la foi de la procuration pour que le mandant soit obligé envers eux : *Si quidem publicæ repugnat æquitati, civilique commercio, quod quis sincera fide contrahens cum aliquo quæ manibus habente publicum instrumentum mandati, debeat sub ista bona fide decipi.*[1]

M. Troplong, qui approuve cette doctrine, fait très bien remarquer que le mandant peut facilement échapper à la possibilité de cet abus en précisant, dans le mandat, la personne auprès de laquelle l'emprunt devra être contracté ou bien en retirant la procuration des mains du mandataire, dès la réalisation de l'emprunt.[2]

Le premier moyen est péremptoire autant que facile, mais il n'en est pas de même du second. Comment, en

[1] Ausaldus, Dig. 30, n° 4.

[2] Article 1998, n° 605; — *Vid.* Delamarre et Lepoitevin, tom. II, n° 354.

effet, obtenir matériellement la restitution d'un titre, lorsque le dépositaire ne voudra pas l'opérer? Ce refus laissera-t-il le mandant pour toujours responsable des engagements qu'il plaira au mandataire infidèle de souscrire?

Il n'est certes pas possible de l'admettre ainsi. La loi eût été injuste si elle n'avait pas fourni le moyen de conjurer un pareil danger. Dans un cas de cette nature, le mandant ne doit pas se borner à révoquer de fait la procuration, il doit donner à cette révocation la plus grande, la plus éclatante publicité, soit par des circulaires imprimées, soit par l'insertion dans les journaux de la localité. Cette publicité, ayant pour objet de prévenir les tiers, leur enlèverait, au besoin, toute excuse de bonne foi et exonérerait le mandant de toute responsabilité des engagements qu'ils auraient pu contracter avec l'ancien mandataire.

A défaut de ces précautions, comme dans tous les cas d'infidélité ou de fraude de la part du mandataire, la responsabilité appartient au mandant. Les tiers n'ont nullement à se reprocher d'avoir traité avec celui qui avait réellement la qualité qu'il prenait, tandis que le mandant a fait faute en investissant de sa confiance une personne capable d'en abuser. Il n'y a donc pas à hésiter : *Unde quidquid sit in aliis materiis extra commercium, vel inter procuratorem et dominum, certum undequaque videtur, quod tertius innocens ac fidem ipsi constituenti, non debet ullo modo clandestinos actus procuratoris defraudari eodem modo, quo si procurator asserat recepisse pecunias in eam causam de qua*

cantat mandatum, illasque in alios usus convertat, adhuc ipse constituens qui credidit suo procuratori, et non tertius qui credidit ipsi constituenti damnificatur.[1]

1255. — Le mandant ne saurait récuser la responsabilité des actes de son mandataire, si l'excès de pouvoirs dont il excipe résultait non du mandat lui-même, mais de modifications consenties soit verbalement, soit par acte séparé. Cependant la connaissance de ces modifications par les tiers les placerait sous le coup de l'article 1998 ; mais cette connaissance n'est plus présumée, comme nous le disions tout à l'heure pour celle du mandat; celui qui l'allèguerait dans son intérêt devrait la prouver.

1256. — Enfin, une dernière exception, et celle-ci, commune aux tiers et au mandataire lui-même, résulterait de la ratification expresse ou tacite que le mandant aurait faite de l'opération réalisée au-delà du mandat. Lui seul, en effet, a qualité pour se plaindre de l'excès de pouvoirs; mais il n'est pas forcé de le faire. Rien même ne saurait l'empêcher de s'en appliquer les effets.

C'est ce qu'il est, de plein droit, présumé faire lorsqu'il a approuvé formellement l'opération, ou lorsque, sans donner cette approbation formelle, il s'est contenté de la ratifier tacitement.

Un principe incontestable en matière de mandat,

[1] Ansaldus, *Disc.* 30, n° 5.

c'est que la ratification n'est plus celle exigée par l'article 1338. On ne saurait donc exciper de l'absence, dans l'acte de ratification, des conditions prescrites par cet article. La ratification s'induit, définitivement, de tout acte duquel résulterait une approbation quelconque de l'opération après que le mandant en a eu connaissance ; elle s'induirait également du silence gardé par lui, comme s'il s'abstenait de répondre à la lettre par laquelle le mandataire lui annonce la manière dont il a exécuté ses ordres. A plus forte raison, si, dans la réponse à cette lettre, il n'a fait ni protestation, ni réserves.

En matière commerciale, les exemples d'approbation, tirée du défaut de réponse à une lettre, sont nombreux. Or, les motifs qui militaient dans ce cas justifiaient l'application de la règle en matière de mandat. Il ne serait pas juste, en effet, que le mandant pût, à son gré, s'appliquer l'opération si elle est avantageuse, la répudier si les résultats étaient onéreux. C'est ce qui arriverait cependant, s'il pouvait suspendre sa décision pendant un temps plus ou moins long. Donc, libre de l'accepter ou de la répudier, il faut qu'il s'explique dès qu'il en connaît l'existence et les circonstances essentielles. Son choix est présumé pour l'acceptation, s'il ne se prononce pas pour le rejet. C'est ce que décidait formellement l'école italienne : *Mandatorem habentem certam scientiam de excessu sui mandati, eique, neque facto, neque verbis contradicentem, haberi pro approbante dummodo cum scientia concurrat aliquis actus,*

ut receptio litterarum et taciturnitas ; et fortius responsio sive dissensu vel reprobatione. [1]

Ces principes étaient marqués au coin d'une trop exacte équité, pour qu'ils ne fussent pas suivis sous l'empire de notre législation. Aussi le sont-ils à peu près sans contradiction. [2]

[1] Casaregis, *Disc.* 30, n[os] 60 et 61.

[2] Pardessus, tom. I, n° 253 ;—Toullier, n° 490 ;—Duranton, tom. XIII, n° 265 ;—Troplong, art. 1998, n° 612.

FIN DU TOME II.

TABLE

DES CHAPITRES DU TOME II.

FIN DE LA TABLE DU TOME II.



